



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

DE LA JUSTICIA JUDICIAL A LA JUSTICIA COMUNITARIA

Autor:

ÉDGAR AUGUSTO ARDILA AMAYA

Directora: PROF. DRA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE

**Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Getafe – Madrid**

Julio de 2016

TESIS DOCTORAL

DE LA JUSTICIA JUDICIAL A LA JUSTICIA COMUNITARIA

Autor: EDGAR AUGUSTO ARDILA AMAYA

Directora: PROF. DRA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Secretario:

Vocal:

Calificación:

En Getafe, de de

A los miles de operadores de justicia comunitaria de Colombia.

Con nuestro compromiso para que su obra,

sistemáticamente ninguneada,

ocupe el lugar que le corresponde

y dé todos los frutos de que es capaz.

A Boaventura de Souza Santos,

por su guía temprana y

por sus mapas orientados hacia la Cruz del Sur,

que nos guían para navegar y para soñar.

Agradecimientos:

Esta obra no hubiera llegado hasta aquí sin el apoyo de una diversidad de personas, a quienes doy mi agradecimiento especial:

A Dana Barón (DBR) y a Fabio Castro, integrantes de la Escuela de Justicia Comunitaria de la Universidad Nacional de Colombia, por la lectura cuidadosa y los aportes a varias de las secciones. A Katherine Monroy y a Diana Bernal por el cuidado de los aspectos formales del documento final.

A Samuel Escobar, por ayudarme a organizar el trabajo de campo con indígenas y afrodescendientes en el norte del Cauca y su apoyo locativo en Santander de Quilichao. A Álvaro Sepúlveda por la organización de la labor con operadores de justicia en equidad en Cali y a William Orrego por lo propio en Bello. A Roberto Rodríguez, por su guía y respaldo en la nutrida obra intelectual de la Universidad del Cauca.

A mi directora, María José Fariñas, su respuesta jamás se hizo esperar, sus sugerencias y sus críticas nos enriquecieron, su motivación nos alentó. A Ana Manero y a Silvina Ribota por su soporte en tantas gestiones en y desde Madrid y por sus animadoras voces.

A Amparo por cederme tantas noches y fines de semana, por ayudarme a saltar tantos obstáculos, por acompañarme con sus tiempos, sus cuidados y su amor.

Desde luego que la responsabilidad de todo lo que se dice es sólo mía.

ÍNDICE

Siglas y abreviaturas.....	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO. Pliegues en la administración judicial de justicia.....	39
I. El sistema judicial: punta de lanza de un orden de fuerza	45
A. El poder ordenador de la coacción.....	46
B. La limitada gestión jurídica de conflictos	57
<i>i) ¿Hasta dónde la coacción (jurídica) regula los conflictos?</i>	58
<i>ii). La seguridad que da el derecho.</i>	60
C. Normatividad y juridicidad.....	68
D. Regulación e institucionalización del conflicto	80
E. Convertir intereses en pretensiones: El efecto procusto	87
F. ¿Qué tan segura es la seguridad jurídica?.....	91
II. El proceso judicial: La guerra por otros medios	99
A. La esencia bélica de las instituciones judiciales.....	100
B. Las partes en los modelos de gestión.....	113
C. El litigio: Lucha de poderes desiguales	119
D. El poder de los adversarios en el proceso	123
III. Cambiar un vencedor por varios ganadores: modelos en la administración de justicia.....	142
A. El imperio de la ley o el tratamiento conflicto.....	146



B.	Retribuir o restaurar	154
C.	Adjudicar o consensuar	163
D.	Cuatro modelos de administración de justicia	165
CAPÍTULO SEGUNDO. Avatares del proyecto judicial		175
I.	El proyecto judicial y sus escenarios culturales	181
A.	Europa, una homogeneidad cultural irrepetible	183
B.	El sistema judicial europeo: un proyecto.....	199
C.	Colonización judicial en América Latina.....	208
D.	La justicia en la “modernización” de América Latina.....	216
E.	La regulación postcolonial de conflictos.....	224
II.	La experiencia judicial en Colombia.....	233
A.	La cultura jurídica mitómana.....	235
B.	El no poder judicial.....	243
C.	Lo judicial y el amparo jurídico condicionado	251
III.	Alcances del sistema judicial	257
A.	El sistema judicial y el territorio	258
B.	¿Territorios sin orden del Estado?	261
	<i>i). Orden estatal</i>	264
	<i>ii). Caos</i>	266
	<i>iii). Orden sin Estado</i>	270
C.	Áreas cambiantes.....	274
D.	Orden desde el derecho propio en Colombia	277
	<i>i). Orden amerindio</i>	279
	<i>ii). Regulación en el Caribe anglófono</i>	283
	<i>iii). Regulación afrodescendiente</i>	284
	<i>iv). Poner orden desde el consenso</i>	286
E.	Orden desde el punto de mira	288
	<i>i). La regulación guerrillera</i>	288
	<i>ii). Territorios paramilitares</i>	296
F.	Vectores de poder y caos.....	298



CAPÍTULO TERCERO. La emergencia de la justicia comunitaria	309
I. Transformando el sistema judicial	313
A. La crisis judicial	315
B. La nueva oferta institucional	327
<i>i). Cambios en la oferta estatal de protección de derechos</i>	328
<i>ii). Retiro estratégico estatal de la gestión de la conflictividad</i>	333
<i>iii). Las empresas extienden su impacto en la conflictividad</i>	337
<i>iv). Ambigüedad para la Justicia comunitaria</i>	342
C. ¿Se fortalecerá el orden del Estado?.....	346
<i>i). Impacto de los cambios en las distintas áreas</i>	347
<i>ii) ¿En qué se queda el Estado: Reprimir o proteger?</i>	354
II. La justicia mestiza y los derroteros coloniales	363
A. Justicia mestiza: señales de vida y resiliencia.	366
<i>i). Jueces de paz en Perú</i>	367
<i>ii). Rondas campesinas</i>	371
<i>iii). Cabildos indígenas administrando justicia</i>	373
<i>iv). El papel del Estado</i>	374
B. Rumbos de reforma: ¿llegamos a la base del arco iris?	377
C. Persecución a instituciones y saberes mestizos.....	388
III. Vectores transnacionales para la justicia comunitaria	401
A. Fenómenos de justicia comunitaria	403
B. La justicia comunitaria y la regulación actual	407
C. Justicia comunitaria, especialidad y hegemonía	414
<i>i). Contracción del espacio nacional</i>	415
<i>ii). El nuevo lugar del Estado</i>	423
<i>iii). Vectores políticos para la justicia comunitaria</i>	428
CAPÍTULO CUARTO. Los rumbos de la justicia comunitaria en Colombia.....	437
I. Colores de justicia comunitaria en Colombia.....	445
A. Justicia indígena	446
B. Justicia afrodescendiente.....	453



C. Justicia urbana.....	459
II. ¿Podemos hablar de justicia comunitaria?	467
A. Conceptos.....	468
B. Qué entendemos por justicia comunitaria.....	477
C. Justicias comunitarias.....	483
D. Las justicias comunitarias de Colombia	487
III. La justicia indígena y el Estado	499
i). <i>Instituciones marginales</i>	499
ii). <i>Contexto constitucional</i>	501
iii). <i>La jurisdicción indígena: reglas estatales para la justicia propia.</i>	505
iv) <i>La intervención del sistema judicial en la justicia indígena</i>	509
v). <i>Justicia fronteriza</i>	512
IV. Justicia en equidad: ¿la pariente pobre de las instituciones?.....	519
A. El Juez de Paz: Una figura injustificadamente evadida	520
B. La justicia en equidad en el sistema jurídico nacional	529
C. Otras figuras de justicia en equidad	532
D. Justicia comunitaria como política pública	534
E. La justicia en equidad y los actores estatales.....	540
CONCLUSIONES	551
Bibliografía y Referencias	567
Índice de Tablas e Ilustraciones	605
Índice Analítico	607

Siglas y abreviaturas

ADR: Alternative Dispute Resolution

A de J: Administración de justicia

AJ: Aparato judicial

ANUC: Asociación Nacional de Usuarios Campesinos.

Asonal: Asociación Nacional de Empleados de la Rama Jurisdiccional

Bacrim: Bandas Criminales

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

BM: Banco Mundial

CBSF: Community Boards of San Francisco

CC: Corte Constitucional

CCA: Consejo(s) Comunitario(s) Afrodescendiente(s)

CRIC: Consejo Regional Indígena del Cauca.

CRIT: Consejo Regional Indígena del Tolima.

CIDH: Corte interamericana de Derechos Humanos

CE: Conciliador(es) en equidad

CP: Constitución Política

CPI: Corte Penal Internacional

CSJ: Consejo Superior de la Judicatura

CS de J: Corte Suprema de Justicia

ELN: Ejército de Liberación Nacional

FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia

FGN: Fiscalía General de la Nación

INPEC: Instituto Nacional Penitenciario de Colombia

JA: Justicia afrodescendiente

JC: Justicia Comunitaria

JE: Justicia en equidad

Jl: justicia indígena

JP: Juec(es) de paz



JPR: Justicia propia

JR: Justicia restaurativa

MASC: Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

MJD: Ministerio de justicia y del Derecho

MST: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

OJ: operadores de justicia

ONG: Organización(es) no gubernamental(es)

ONIC. Organización Nacional Indígena de Colombia.

SJ: Sistema judicial

TPI: Tribunal Penal Internacional

UE: Unión Europea

UMC: Unidades de Mediación y Conciliación

USAID: United States Agency for International Development

USPEC: Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios.

INTRODUCCIÓN

Aunque habrá quienes puedan pensar lo contrario, el título de esta obra no está al revés. Es así que lo proponemos. Creemos que la justicia comunitaria es un buen rumbo para la administración de justicia en Colombia. La realidad que se estudia en este trabajo nos muestra que las opciones que ofrece pueden entregarnos valiosas respuestas a las necesidades que la justicia judicial no ha podido dar en Colombia, tras hacerse dominante en nuestra geografía y nuestra historia. Hay limitaciones estructurales que tienen los jueces para encarar la conflictividad en las sociedades modernas y hay problemas adicionales que se les presentan por las particularidades del contexto en el cual nos encontramos, como país en posición postcolonial y periférica. Es así que a través de los años se han ido produciendo desde diferentes entornos sociales y culturales, muy lejos del alcance de los procedimientos condensados en los códigos.

Para entender nuestra justicia se hace necesario salir a campo abierto. Las instituciones y las prácticas mediante las cuales se gestionan los conflictos, en un país latinoamericano como el nuestro, nunca alcanzan a analizarse desde las rendijas de las leyes, ni logran ser comprendidas limitándonos a las actuaciones de los operadores judiciales. Sólo uno de cada veinte conflictos llegan a ser tramitados por operadores judiciales. Aunque siempre están en la vitrina, por esa vía se gestiona sólo una parte de cada veinte dentro del conjunto de dinámicas mediante las cuales tramitamos nuestras disputas en este país. En otras dos vigésimas partes se acude a autoridades no judiciales del Estado y en los cinco restantes, las estadísticas nos dicen que son tramitados por actores privados. En doce casos de cada veinte los intereses se someten a la voluntad de las partes. Es de esperar que, en esta mayoría de situaciones, en las que superficialmente suele afirmarse que impera el consenso de las partes, lo que se “acuerde” sea generalmente inequitativo porque el desequilibrio de poder rara vez puede vencerse en una mesa si estamos en una de las sociedades más desiguales y discriminatorias del mundo. Y, muchas de las decisiones



que se toman allí no son otra cosa que el sometimiento del más débil ante el sentimiento de desamparo que ofrece las instancias de administración de justicia. Es razonable que una persona se siente protegida por sus instituciones. Para una persona del común, los derechos establecidos en las leyes son en el mejor de los casos una buena lección de educación cívica pero gozan de factibilidad porque no hay mecanismos efectivos para hacerlos valer.

Sin embargo, la mentalidad eurocéntrica de nuestros juristas suele desconocer esa realidad y se limitan a repetir los análisis, las explicaciones y las conclusiones sobre cada coyuntura y sobre cada rasgo de las crisis que nos azotan. Nuestro problema, según ellos, se reduciría a que no logramos salir del atraso y lo que nos faltaría es contar con un sistema judicial (SJ) más moderno. O sea que la solución sería simplemente modernizar nuestra administración de justicia. O sea, deberíamos buscar e importar las instituciones que operan en los países más “avanzados”. Para lo cual, el principal esfuerzo a hacer sería el de seleccionar entre unas cuantas opciones que hay en esos países, reducidas mediante los acuerdos de cooperación en las que somos la parte débil de relaciones internacionales muy asimétricas.

Como Sísifo retomamos la cuesta una y otra vez. Cada vez con una nueva reforma, vamos dando bandazos detrás de las soluciones que nos permitan superar lo que nos empeñamos en designar como nuestro atraso histórico. A lo largo de los siglos cada gran reforma ha tenido su momento para tirarla por la pendiente y volver a empezar. Con el paso del tiempo, suele ser fácil demostrar que, en nuestras realidades, las figuras importadas tienen un alcance mucho menor que donde germinaron. Nosotros planteamos aquí que el problema es el opuesto y es precisamente que nos empeñamos en una ruta de progreso que no es la nuestra. Que muchas veces adoptamos figuras a partir de lo que quieren hacer de ellas sus promotores en los países de origen y nos negamos a ver siquiera que tanto funcionan en sus propios contextos. Correlativamente, para hacer cada cambio, el estudio de nuestra propia realidad es muy limitado y de resultado previsible porque se reduce a la exploración de las exigencias de adaptación a la importación que se quiere poner marcha. Las instituciones vernáculas ni siquiera son objeto de análisis: simbolizan lo que no se debe



ser y hacer. Las instituciones adoptadas anteriormente y adaptadas a la realidad actual, deben sustituirse: representan el atraso.

Los jueces de paz del Perú son un caso ilustrativo de la manera cómo evoluciona nuestra justicia. Se trata de una institución importada de Europa hace dos siglos pero transformada en las dinámicas sociales y muy arraigada en las comunidades gracias a una reconfiguración sincrética. Hay estudios muy serios que la sitúan en un lugar excepcional en cuanto a eficacia, eficiencia y legitimidad en la gestión de la mitad de los asuntos que se tramitan en ese país. Sin embargo, los estudios de las entidades más influyentes y las políticas de A de J, tienden a omitirla o, al menos, a verla cargada de atavismos y de precariedad. No puede ser de otro modo porque la mentalidad eurocéntrica predominante, a pesar de su profundo enraizamiento y el consenso de que gozan en la sociedad, la rechaza o la trivializa porque la ubica en las antípodas frente al sistema que se considera el más civilizado.

Los JP administran una justicia extraña al mundo de los abogados, que prioriza las personas y sus intereses y no tanto la juridicidad, en la que predomina la espacialidad y la cultura locales sobre directrices nacionales; en la que los procedimientos, generalmente orales, son particulares a cada contexto y en los que predomina un criterio cooperativo sobre el adversarial entre las partes y en donde lo espiritual cuenta tanto o más que la materialidad de una disputa, si se le mira con un enfoque modernizante. A pesar de los juristas, de las políticas estatales, de las actitudes de los funcionarios, de la ceguera académica y de nuestra incapacidad de creer en nuestra propia obra, muchas de las experiencias de Justicia Comunitaria (JC) encuentran salidas a los problemas más extendidos y arraigados que hoy tiene la gestión pública de la conflictividad en los países latinoamericanos.

Las opciones comunitarias han germinado, se han desarrollado y, muchas, han perecido en medio de un juego vectorial que impacta de manera diversa las controversias sociales. Suele hablarse de la nueva etapa en la que esos procesos de regulación se entretejen con figuras soportadas en dinámicas empresariales de diferente orden y



tendencias de reasignación de la conflictividad en el Estado, por fuera de las instancias judiciales. En eso no debe haber confusiones. Hay instancias que intervienen en los conflictos que se presentan al interior de las comunidades y ello no los cataloga de comunitarios. Muchas de esas instancias son externas y, no pocas veces, tienen un papel destructivo de las estructuras culturales y sociales que hay allí. En muchos casos se trata de actores, frecuentemente ilegales como en el caso de las fuerzas guerrilleras, paramilitares o mafiosas en territorios indígenas o afrodescendientes, que desbordan e intentan someter el poder de las autoridades comunitarias. Se trata de una plétora de figuras que nos podemos encontrar en los mismos espacios pero que no necesariamente son de la comunidad y posiblemente carecen de su impronta a la hora de administrar justicia.

Si bien la intervención de tales actores puede ser opresiva, no es necesariamente rechazada. El colombiano común no concibe en general a los órganos de administración de justicia como instituciones que sirvan para el amparo de sus derechos y la gestión de sus controversias. Existe, por el contrario, la percepción extendida de que se trata de instancias cuya intervención prioritariamente conduce a favorecer a los más poderosos y a desfavorecer a los débiles. Desde hace varias décadas, se viene reduciendo la calificación favorable que recibe todo ese conjunto de entidades en todos los sectores de la sociedad. La percepción que registran las encuestas es que no tienen un impacto real en la protección de los derechos y, cuando su intervención se da, es marginal y altamente ineficiente para dirimir los conflictos de la mayoría. En una sociedad tan desigual y discriminatoria como la colombiana, que ha sufrido tan altos niveles de violencia social, no tranquiliza el hecho de que dos tercios de los conflictos sean tramitados directamente entre las partes. Probablemente ese es el caldo de cultivo donde se maduran muchos de los factores de violencia que recurrentemente se hacen visibles en nuestro territorio.

Este escenario cobra mucha visibilidad en este momento, dada la proximidad del fin del conflicto armado con las FARC, en que se exige la construcción de condiciones que permitan un tránsito institucional, en la cuarta parte de los municipios del territorio nacional hoy impactados por la guerra y sometidos a sus instituciones para la regulación de los conflictos. En esas zonas existen instancias comunitarias propias que vienen actuando



muchas veces en resistencia contra todos los actores de la guerra, mientras existen también algunas que cuentan con respaldo de algún actor armado ilegal. Pero también simplemente hay mecanismos de control y decisión mediante los cuales esos actores bélicos ejercen su poder puro y duro. No es aceptable, ni por asomo, pretender implantar la institucionalidad judicial como si fuera un ejercicio de reforestación masiva, porque es poco probable que encuentre terreno fértil y porque, de funcionar, lo que ofrece puede ser valorado como de menor calidad y eficacia que las instancias que actualmente intervienen la conflictividad en esas zonas. No resulta atractivo que la paz traiga aparejado un sistema de justicia en el que la gente ve menoscabado su nivel de vida y pierda capacidad de tramitar sus controversias porque las instancias judiciales o sus sucedáneos no pueden llegar a remplazar aceptablemente las instancias que están instaladas en esos territorios.

La coyuntura nos pone de frente a unas preguntas específicas. En este trabajo buscamos respuestas no sólo en las zonas que se encuentran en la mitad de la guerra o la están dejando atrás, sino también en todas aquellas zonas en las que existen o se cuenta con el terreno propicio para que existan instituciones comunitarias de administración de justicia. Nos interesa analizar los potenciales de las figuras comunitarias que han surgido en los complejos escenarios de gestión de conflictos que tenemos en Colombia. Para lo cual va a ser necesario que entendamos cómo son y dónde se desarrollan. En muchos casos esas instituciones medran junto a identidades más o menos diferenciadas y particulares, indígenas o afrodescendientes, principalmente. En otros responden a ejercicios expresos de regulación de la conflictividad que se desarrollan en las propias comunidades a través de reglamentos que prescriben comportamientos y regulan la intervención en los conflictos, como es el caso de una decena de "comunidades de paz" que declararon su autonomía en la A de J frente al Estado o cualquier otro actor externo. En otros, son (o debieran ser) el encuentro del proceso cultural y regulatorio de una comunidad con una figura creada legalmente, como la de los JP o los conciliadores en equidad, que se viene implementando en más de doscientos municipios del país.

Como correlato, el tema de JC tiene un lugar en el ámbito de la administración de justicia en las últimas décadas en América Latina y en Colombia, en particular. Frente al



reconocimiento del vacío político derivado de la ausencia del aparato judicial en la tutela efectiva de los derechos humanos de las mayorías y del tratamiento de diversidad y multiplicidad de conflictos, se vienen mirando los mecanismos de justicia comunitaria con expectativa diferenciada y a su vez evidenciable. Es así como en Colombia, con alguna imprecisión, se han hecho cambios institucionales que se expresan en desarrollos jurisprudenciales, reorganización de entidades de manejo de conflictos, impulso de programas de participación en justicia, programas de promoción y apoyo a mecanismos de manejo de conflictos en las comunidades y redes de experiencias de JC. En medio de ese dinamismo del tema, en la actualidad se vienen desarrollando diferentes procesos sociales y políticas institucionales que participan del rumbo que viene tomando la justicia comunitaria y su papel en la convivencia y el desarrollo de un sistema de administración de justicia con sentido para las mayorías del país.

Precisamente hace un cuarto de siglo el mapa de la JC, con la nueva Constitución Política, cambió su lugar frente al campo jurídico estatal. Ahora una parte muy importante de las figuras, y con ello la mayoría de los operadores de justicia de las comunidades de Colombia, hoy cuentan con la posibilidad de producir decisiones válidas y eficaces ante el sistema jurídico nacional. Siendo así, sus actuaciones y sus decisiones trascienden el ámbito comunitario al que estaban relegadas en la medida en que dependían exclusivamente de la posición con la que contaban en las respectivas comunidades. Así, hoy pueden reconocerse tres tipos de políticas diferenciadas del Estado frente a las figuras de justicia comunitaria:: (i) reconoce de manera explícita, como norma constitucional, la totalidad de las instancias, procedimientos y normas de la justicia indígena; (ii) crea una serie de figuras legales, como jueces de paz (JP), conciliadores en equidad (CE), consejos comunitarios afrocolombianos (CCA), entre otras, mediante las cuales se da validez legales a la actividad mediante la que las comunidades administran justicia de acuerdo con su propia normatividad; (iii) sigue desconociendo la totalidad de las demás instituciones comunitarias de A de J.

Con ese punto de partida, no sólo se ha transformado la relación del Estado con las experiencias de justicia comunitaria sino que se han transformado éstas a su interior. Luego de veinticinco años en los cuales se ha contado, mal que bien, con una institucionalidad



donde hay políticas para la JC se ha venido produciendo un resultado en general ambiguo: mientras se incrementa la presencia de figuras de justicia comunitaria en las políticas estatales para la administración de justicia, se extienden, se visibilizan y se aceptan las figuras que tienen aval estatal; se produce lo que llamaremos su “descomunitarización” a través de la interacción colonialista y eurocéntrica con los actores estatales y su entorno.

Como consecuencia de ese debilitamiento de lo comunitario, se vienen definiendo grandes tendencias en esta justicia que se pueden resumir en: (i) Las figuras de justicia comunitaria no reconocidas, al quedar más expuestas, como en el caso de las autoridades afrodescendientes, han buscado ampararse en las figuras creadas por el Estado, sometiéndose a reglas de procedimiento y cambiando elementos importantes de su forma de ser y actuar sobre la conflictividad; (ii) contrario a la orientación localista esperable, las figuras creadas legalmente pueden depender excesivamente de iniciativas y directrices de actores centrales del Estado, además de que tienen que sortear las veleidades de funcionarios y abogados que recurrentemente, por la posición desfavorable de los operadores comunitarios en el campo jurídico, los disciplinan como servidores públicos sometidos (y gratuitos); (iii) la erección de la jurisdicción indígena como figura constitucional de administración de justicia incrementa su permeabilidad frente a las estructuras y las formas jurídicas estatales.

Este estado de cosas es la decantación de un proceso histórico en el que ha habido tendencias y tensiones. Así, los actores que se fueron comprometiendo en la promoción de las figuras no han tenido un acuerdo básico en sus propósitos. Al comienzo de este siglo, tras una década de expansión y de visibilización de figuras de JC, constatábamos (Ardila, 2003) que ello era la confluencia de procesos sociales y políticas públicas marcados por intencionalidades muy diferenciadas y, en muchos sentidos, contradictorias en las comunidades, en las organizaciones sociales, en las ONG, en la academia, en el Estado y en la empresa privada.

Pareciera que los potenciales más prometedores de la JC han ido perdiendo impulso. En medio de un consenso sobre la pertinencia de las instancias comunitarias para producir



acceso a la justicia y aliviar la carga a las entidades del Estado, la tendencia que se impuso aunque muchos nos resistimos, fue la de darle un lugar como una especie de justicia precaria destinada a atender los problemas de los pobres. Sobre el acuerdo básico de que estas figuras administran justicia desde los referentes culturales propios, emergió una expectativa de que contribuyera para hacer realidad un orden jurídico político multicultural. Pero esa propuesta ha ido desapareciendo bajo la desconfianza imperante hacia lo popular, expresada entre argumentos jurídicos, directrices burocráticas y prejuicios sociales. La promesa de fortalecer modelos de justicia que busque una gestión que se ocupe de transformar positivamente los conflictos, atender a las víctimas y recomponer los vínculos sociales no ha logrado superar la creciente empalizada de argumentos que inhiben la competencia de las instancias de las comunidades.

Siendo así, la JC, en la medida en que han pasado los años, ha ido perdiendo la riqueza y su capacidad constructora, transformadora y, en alguna medida, transgresora de las estructuras coloniales que siguen imperando. Del mismo modo que sus aristas se han ido limando, las figuras han ido perdiendo la capacidad con la que históricamente han enfrentado en las respectivas comunidades los problemas más profundos y extendidos. Por otra parte, también se vienen socavando las posibilidades que ofrecen esas instancias en los escenarios cercanos para generar nuevos estándares de convivencia y seguridad a partir de la generación de confianza, mientras que lo que parece imponerse es que para lograr esos valores se requiere incrementar los policías, las cárceles, los gastos de represión. Dejando a esas instancias la tarea de paliar las tensiones que se van produciendo en medio de la desigualdad y la discriminación.

En Colombia, como sorprendentemente ocurre también en países como Ecuador y Bolivia, que se declaran mucho más comprometidos con la pluralidad cultural y jurídica, en lo que va de este siglo, se han ido diluyendo las fortalezas que hay en las instituciones propias para desarrollar cada comunidad, transformar las realidades desde la diversidad y para ir construyendo un orden jurídico político propio nacional, no como la imposición de un modo de ser y regular la vida (como se ha pretendido desde las estructuras coloniales y postcoloniales) sino como el encuentro lento y dialogado de formas de pensar y resolver



nuestros conflictos sin los troqueles europeos impuestos a nuestras leyes. Al mismo tiempo se han venido dejando en las tinieblas herramientas que podrían apropiarse por el SJ para responder ante los problemas que lo agobian cada vez más en las sociedades occidentales. Desconocemos así como, en una tendencia inversa, en algunos contextos, la justicia comunitaria se enaltece y gracias a ello se prueba más allá de los límites de las propias culturas. Por ejemplo, algunos países de tradición anglosajona han logrado desarrollar aportes de la JI en sus asuntos penales como en Nueva Zelanda, con la justicia juvenil, o en Canadá, con los Círculos de Sentencia.

Es precisamente frente a esas carencias que se define la finalidad de este trabajo. De lo que se trata es de entender el escenario que impulsa y al mismo tiempo limita las experiencias de JC en Colombia. El objetivo es estudiar el lugar que corresponde a la justicia comunitaria entre las dinámicas de A de J en la realidad colombiana actual, donde se impone, al igual que en el resto del subcontinente, el sistema judicial. Lo que buscamos es, a través del análisis de ese contexto, contribuir a redescubrir el potencial transformador que tienen las instancias comunitarias que intervienen en los conflictos. Al evidenciar las carencias, las limitaciones y las necesidades del modelo judicial imperante, visibilizamos los aportes que puede hacer la JC. Al estudiar las precariedades que tienen las estructuras judiciales para operar en nuestra realidad, evidenciamos las necesidades que las experiencias de justicia comunitaria y la combinación entre ellas pueden atender. Al explorar la ebullición de actores que gestionan conflictos al lado o en competencia con los comunitarios, puede evaluarse lo que es, lo que aporta y lo que se pierde con cada experiencia. Al observar de cerca algunas instancias de JC en su ser y en su manera de relacionarse con el Estado, tratamos de avistar qué tan alto y lejos pueden volar y en qué medida se han recortado sus alas desde las estructuras coloniales caducas o remozadas. Este trabajo busca así ofrecer una herramienta para que la justicia comunitaria haga su mejor aporte en la superación de las estructuras coloniales operantes en la administración de justicia.

Esta es una obra sobre la administración de justicia en Colombia en donde las experiencias de comunidades particulares son el foco. Frente a las prácticas dominantes y



los análisis recurrentes sobre la institucionalidad existente en nuestro país para la gestión de los conflictos, trabajamos alrededor de una pregunta central: ¿Cómo se configuran y se determinan las instituciones de JC en el contexto de la conflictividad y la institucionalidad con la cual se administra justicia en la sociedad colombiana? Nos proponemos entender tanto la relación que tienen esas figuras con las dinámicas de disputa existentes en el país como por la posición que ocupan dentro del conjunto de las instituciones que deben responder por la conflictividad en el país, especialmente las judiciales.

Entonces, el análisis que hacemos de la experiencia de justicia comunitaria es externo. Lo cual nos pone de cara ante varias necesidades analíticas, que serán asumidas a lo largo de los cuatro capítulos de este trabajo: ¿En qué medida los procesos, las instancias y los mecanismos de JC ofrecen respuestas adecuadas, pertinentes y sostenibles a las necesidades de A de J de un país como Colombia? ¿Hasta qué punto las carencias del SJ para la regulación de la conflictividad exigen un cambio en el paradigma de administración de justicia y la expansión de alternativas como las comunitarias para la gestión de conflictos?. ¿De qué manera los mecanismos de exclusión y discriminación en las estructuras de A de J de un país latinoamericano como Colombia provocan que los afectados por ellos desarrollen sus propias rutas para la administración de justicia? ¿Cuáles son los factores o las dinámicas que favorecen o hacen factible la expansión y la emergencia de procesos de justicia comunitaria en contextos como el Colombiano? ¿Cómo se describe y cómo se comprende la JC en Colombia, a dónde se dirige y cuál es su relación con la justicia judicial y otras instancias de gestión de la conflictividad? Tales necesidades académicas aún no han tenido el grado de desarrollo ni la sistematicidad que serían deseables y alcanza a percibirse un excesivo nivel de pragmatismo no sólo entre las entidades encargadas del desarrollo de políticas en el terreno, sino también en los espacios académicos en los que este tema se viene incorporando a los estudios de las facultades de derecho y a los programas de extensión universitaria. Siendo así, el desarrollo que ha tenido el tema ha venido a decantar esas preguntas que bien pueden ser abordadas desde la teoría o bien desde las prácticas sociales e institucionales.



Buscamos articular una reflexión teórica sobre la experiencia de administración de justicia en las comunidades valiéndonos de elementos sobresalientes de la experiencia colombiana, ante todo útil y necesaria para nuestro caso pero que factiblemente serán necesarias para comprender problemáticas similares de otros países, especialmente de América Latina. Tenemos una geografía atravesada por vectores muy complejos de conflictividad: somos uno de los países más desiguales del mundo; hemos soportado más de medio siglo de conflicto armado interno; la delincuencia transnacional y local nos explota, nos mata y nos transforma; el derecho nacional y sus instituciones carecen de capacidad de regular nuestra realidad y, suelen ser percibidos como factor que ahonda la desigualdad y la discriminación. Los mapas muestran también frecuencia y diversidad de dinámicas de justicia comunitaria, sobre la que existe una documentación accesible y más o menos amplia sobre los diferentes procesos, que pueden ser interpretados valiéndose de una útil bibliografía secundaria que está disponible¹.

Muchos esfuerzos académicos realizados hasta ahora merecen especial consideración. En estos cinco lustros se ha debatido a lo largo y ancho del país sobre el contenido y el sentido de los mecanismos de JC y se han evaluado las políticas que implementan diferentes actores frente a ella². Se han producido estudios, algunos ya mencionados aquí, con alcance variado sobre experiencias particulares de justicia comunitaria. Se han publicado compendios de análisis sobre las figuras reconocidas por el derecho estatal. No obstante una producción más o menos abundante, ninguno de estos trabajos se ocupa de analizar de fondo el aporte que pueden hacer estas figuras al

¹ Por ejemplo: Roldán (1995); Sequeda (2000); Daza & Hurtado (2000), Santos y García (2001); Gómez, H. (2000); Borrero (2003); Castrillón (2006); Ardila (2006); Ariza Santamaría & Abondano (2009); Ardila (2013).

² En los archivos del Ministerio de Justicia hemos encontrado referencias a dos Conferencias Internacionales, cuatro Seminarios Nacionales y más de treinta eventos regionales sobre el tema de justicia comunitaria. Todo ello sin contar los eventos que se han realizado a nivel local, regional o sectorial.



desarrollo y al fortalecimiento de las comunidades y, menos aún, para la construcción democrática de un país como Colombia.

Luego de alcanzar alguna visibilidad académica y buenos niveles de elaboración crítica, no se constatan mayores avances en la última década. Posiblemente esa es la consecuencia de la retracción de las apuestas emancipatorias y de los rumbos utópicos trazados en la primera etapa. Los estudios sobre la justicia propia de las comunidades indígenas (Sánchez Botero, 2001; Gómez, H., 2000; Guerra Curvelo, 2002), de algunas campesinas (Acevedo, Pérez & Tolosa, 2001; Cañas et al., 2004); y de otras urbanas (Roldán, 2000; Sánchez Botero, 2001), realizados principalmente entre 1995 y 2005, fueron perdiendo su impulso. Los estudios sobre justicia en equidad en general se han quedado en la sistematización de experiencias de implementación que se ocupan de la implantación de los formatos oficiales cada vez más restrictivos. En ellos ni siquiera se observa el impacto en las comunidades, ni la lectura que las comunidades hacen del proceso y, mucho menos, se les reconoce el protagonismo que deben tener. Por ello, el reducido contingente académico que trabaja estos temas ha sido incapaz de dar los debates que se vienen planteando desde la segunda mitad de la década pasada y que parecen poner en retirada a estos procesos y en avance, una nueva ola de formalismo jurídico, acompañada del más rancio y desinformado enfoque retribucionista en el derecho.

Debe decirse que el debilitamiento que hoy experimentan todos estos procesos se asocia también con la carencia de un aporte académico que posibilite que se construya una verdadera comunidad académica en el tema. Los esfuerzos que se hacen, en general, se ocupan de manera genérica de los llamados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos sin diferenciar estas figuras con otras tan distantes como el arbitraje empresarial o el internacional, los cuales son los que gozan de la centralidad en los análisis respectivos. Tampoco se hacen las requeridas referencias contextuales ni se da el debido reconocimiento de las realidades particulares en las que se inscriben las experiencias. En la mayor parte de los casos no se hace mucho más que una relectura exegética de las normas legales que los regulan, adobadas con el cíclico acto de recepción de los estudios que se



producen sobre esos temas en el primer mundo, principalmente en Estados Unidos de América.

En consecuencia, a pesar de la extensa lista de publicaciones en el tema, lo que hay es un vacío enorme de producción intelectual que va desde la reflexión y la elaboración teóricas hasta la evaluación y la orientación de los programas y las políticas públicas. Es una enorme deuda que tiene el mundo académico que no ha permitido que la JC despliegue su aporte a los problemas fundamentales de la A de J en un país con nuestro lugar en las estructuras mundiales de poder, que padece una violencia generalizada desde la independencia. Lo que en buena medida puede estar asociado la incapacidad que tiene el sistema jurídico nacional para regular la sociedad. Ahora, cuando pareciera abrirse una posibilidad para dejar atrás más de medio siglo de guerra, no pareciera estar claro cómo la justicia comunitaria va a poder jugar un papel importante, al que parece estar llamada. Es claro que se requiere de una labor extensa de gestión de conflictos que permita la reconciliación de amplios sectores poblacionales polarizados por la guerra y que se atienda una parte importante de la conflictividad y de la violencia que se desatan al desaparecer la incidencia y el control armados de las FARC como factor regulador en muchas zonas de conflicto.

Se hace necesario un ejercicio más reflexivo y analítico de las entidades responsables de los programas, una actitud abierta y dispuesta al estudio por sí mismos o en asocio con entidades académicas sobre los procesos que se desarrollan. Pero se hace necesaria también, una labor más teórica que permita conceptualizar y elaborar la dinámica general del país en el tema, considerando sus grandes problemas y dilemas. Precisamente, este trabajo pretende aportar en esta última dirección. Se trata de hacer un alto en la experiencia que ha tenido el país (y nosotros mismos) durante dos décadas en implementación y operación de la JC, recoger sus principales vertientes y construir un planteamiento general que intente comprender las diferentes dinámicas en su riqueza. Por nuestra parte, buscamos hacer un análisis del escenario en el cual nacen y se desarrollan (y perecen) diferentes procesos de justicia comunitaria. Entendemos que los estudios que se limitan a estudiar internamente las experiencias y las instituciones de JC, si bien son



necesarios tanto para entender su estructura, sus procedimientos y el sentido en el que se orientan, como para evaluar su aporte, desconocen que el contexto es fundamental para entender sus alcances, su sostenibilidad y sus potenciales. Correlativamente, los estudios que se ocupan del contexto de la conflictividad o de la administración de justicia con los troqueles coloniales, puede conducir al puro reciclaje de fórmulas ya exploradas, con éxito o sin él, en contextos abiertamente diferentes, desconociendo la riqueza de las opciones y las alternativas que se están produciendo en nuestra propia realidad, de cara a las comunidades que van encontrando respuestas diversas a su problemas.

Estas son las razones que explican el recorrido que hace la temática de la obra y que se describe desde el título mismo: de la justicia judicial a la justicia comunitaria. Llegar a entender la JC representa un reto muy exigente por comprender la manera como ella se presenta en el panorama, en muchos sentidos caótico, de una conflictividad débilmente regulada o desbordada y de la diversidad de instituciones y actores que la enfrentan desarticulada e inadecuada. Con lo cual, una diversidad de esfuerzos de encauzamiento de las controversias que se producen desde diferentes ángulos, lejos de contribuir al establecimiento de condiciones adecuadas para la convivencia y el acceso a la justicia, pueden participar en la escalada de los conflictos.

Para entender entonces esta dinámica, empezamos por analizar el sistema judicial predominante, tratar de entender en qué medida sus aspectos críticos pueden ser el telón de fondo de las carencias que acusa nuestra realidad. Luego, estudiaremos la manera como ese SJ ha evolucionado en un país como Colombia, para, desde allí examinar los factores que determinan la existencia y el desarrollo de procesos de justicia comunitaria. Al final nos ocupamos de analizar cómo se presentan estas dinámicas, como son reguladas y cuáles son sus potenciales. Con este trabajo pretendo contribuir a resolver parte de las necesidades que surgen de los diferentes y desiguales procesos de reglamentación y de implementación en contextos marcados por fuertes limitaciones en el acceso a la justicia, la ineficacia del sistema legal y el conflicto armado. Las figuras de JC, con fundamento constitucional y desarrollo desigual en el orden jurídico, se ven como una oferta de regulación para la mayoría que no tiene acceso a la tutela judicial de sus derechos y con la que se pretenden



canalizar varias de las dinámicas de manejo de conflictos existentes en la sociedad colombiana.

En el primer capítulo nos aproximamos al sistema judicial occidental a partir de lo que llamamos sus grietas, es decir, tratando de penetrar en la manera cómo actúa sobre la conflictividad en las sociedades occidentales: su papel como garante del orden y el procedimiento adversarial para tramitar las controversias. El planteamiento básico que hacemos es que el SJ, no obstante las pretensiones del derecho estatal que lo circunscribe, sólo es una parte de la institucionalidad mediante la cual se gestionan y regulan las controversias. La normatividad y las instituciones domésticas, laborales, comunitarias, etc. establecen los cauces mediante los cuales por regla general y preferencial discurren las relaciones y las disputas. Las normas jurídicas que se imponen desde el Estado y los procedimientos judiciales, en principio son armónicas con los del conjunto de la sociedad, aunque se limitan a intervenir en una parte menor de los conflictos, con un interés centrado en el restablecimiento del orden jurídico, que por regla general goza de un amplio consenso en las sociedades occidentales. La intervención judicial se acepta y se valora socialmente aunque deforma los intereses de las personas, produce decisiones lesivas para las relaciones, que puede deteriorar la calidad de vida de las personas y escalar los conflictos.

La gestión adversarial de los conflictos sublima pero no abandona la esencia bélica que origina el sistema judicial. Las partes, desiguales en la sociedad, proyectan sus desigualdades en el proceso y desde esa desigualdad miden sus poderes, expresados en pruebas y argumentos, ante un juez que demostrará su promulgada imparcialidad según oriente sus decisiones de manera acorde con la correlación de fuerzas que se visibiliza en los expedientes. Las actuaciones tienden a favorecer a los más fuertes jurídicamente, es decir los que están en mejores condiciones para probar lo que les interesa. Y ellos son, a su vez, por regla general, los más fuertes socialmente, a los que el SJ declara vencedores. Es un sistema que en los países centrales de occidente ha mostrado eficacia y legitimidad para zanjar muchas controversias, pero hay muchos casos en las que el bando de los vencidos no darán su brazo a torcer y la fuerza del Estado no alcanzará para obligarlo. Las limitaciones de este modelo adversarial y garante del orden hace agua en frente de diferentes modelos



relacionales y se hace necesario plantear otras rutas para la gestión de los conflictos. En diferentes países occidentales, continentales y anglosajones, se hacen búsquedas con modelos que permitan una gestión compleja, consensual y prospectiva de los conflictos. Se plantea la necesidad de superar el paradigma judicial mediante cambios que pueden encontrarse en diferentes experiencias, entre ellas muchas de justicia comunitaria.

En el capítulo segundo sustentamos la hipótesis de que el SJ, en un país de América Latina como Colombia, tiene una legitimidad muy baja y una capacidad muy reducida para regular las controversias, en tanto en el territorio del Estado existen áreas amplias en las que los conflictos son intervenidos y las relaciones sociales reguladas por instancias que no hacen parte del Estado. En la base de esta realidad estuvieron las dinámicas de colonización. Mientras el sistema judicial en Europa se fue tejiendo armónicamente sobre sus hilos culturales y significó consolidar una institucionalidad acorde con unas dinámicas crecientes de democratización en la sociedad, en América Latina, el derecho y los jueces, durante y después del dominio ibérico han servido como engranaje para las dinámicas de inequidad, de exclusión y de discriminación que predominan. En nuestro país, el campo jurídico ha estado históricamente subordinado a otras estructuras de poder y la rama judicial del poder público, aunque con un paréntesis excepcional, ha carecido de la independencia necesaria para actuar como medio para democratizar la sociedad.

La debilidad y la ilegitimidad de las instituciones judiciales frente a otros poderes dentro y fuera del Estado participan en la configuración compleja de nuestros mapas de regulación. Hay áreas extensas de nuestro territorio en las que el orden social se vertebró mediante la normatividad cultural y se regula a través de instancias comunitarias de justicia pero también hay áreas donde son poderes opresivos que se imponen a través de diferentes mecanismos de coacción, incluso el armado. Una buena parte del territorio nacional, incluidas amplias franjas de las grandes ciudades son zonas en las que no se puede reconocer orden. Allí, por el contrario, impera la ley del más fuerte y explica los niveles dramáticos de violencia de un país que tiene la peor posición en el continente más violento del mundo.



En el capítulo tercero buscamos entender el lugar que ocupan las dinámicas de JC en las transformaciones que está experimentando en la actualidad el conjunto de instituciones de administración de justicia. Sostenemos que ellas no pueden comprenderse si se desconocen las estructuras coloniales que presiden nuestro desarrollo institucional. Así, el análisis que se hace sobre la llamada crisis y las reales prioridades dan cuenta de que las políticas y los recursos públicos se orientan sobre todo a reproducir la desigualdad también desde la A de J. Esto se evidencia en el lugar casi exclusivo que tienen las políticas represivas frente a las de promoción de derechos, el predominio de las lógicas de persecución sobre las de inclusión y de equidad de quienes soportan todo el andamiaje de poder mundial.

Pero el colonialismo también se expresa en las políticas de promoción y, en particular, las que se conocen como de acceso a la justicia. Las lógicas eurocéntricas que presiden toda nuestra historia jurídica se radicalizan cuando se trata de las instituciones y los saberes populares y, sobre todo, cuando son de quienes se atribuye pertenencia a una raza inferior. Muchas figuras, normas y conocimientos ancestrales han sido perseguidos y aniquilados a lo largo de la historia. Aunque experiencias vernáculas han sobrevivido, las comunidades mayoritariamente han sido sometidas a instituciones que les impusieron, para controlarlos y explotarlos, los colonizadores nacidos en ultramar o en estas tierras. Sin embargo, las comunidades no son pasivas aún con las figuras impuestas. Los cabildos, para los indígenas, y los JP (particularmente en el Perú), para otros espacios locales, fueron figuras que llegaron como troqueles a los escenarios indígenas y a diversos espacios locales, respectivamente. Sin embargo en la gestión de cada conflicto, los usuarios y sus autoridades fueron transformándolas, adaptándolas, apropiándolas hasta darles un alto nivel de eficacia, de legitimidad y de armonía con su propia cultura, que son impensables para el derecho estatal y el SJ por el colonialismo que impera entre los operadores jurídicos. Tales figuras, al haber sido apropiadas a las realidades comunitarias, constituyen un cuerpo lleno de riqueza y diversidad que llamamos mestiza porque tiene genes europeos y propios que recurrentemente es desconocido en las academias jurídicas, en los tribunales y en los proyectos de ley y en las políticas públicas.



Por el contrario de lo que se habla y escribe, lo que se está imponiendo en un nuevo escenario de organización de la administración de justicia, es volver a copiar los modelos estadounidenses para lo penal y extender los que tienen en lo privado; de retraer (si cabe) la acción judicial de los escenarios sociales, abriendo un espacio con ciertas potencialidades a los actores del mercado y reduciendo las posibilidades de la actuación comunitaria a unas figuras a las que se les van quitando abrevaderos en la propia cultura y, aun, opciones de sobrevivir. En cambio, de la mano con agentes de políticas transnacionales, intentan replicar el éxito que han tenido los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en los países centrales. Mientras tanto, diversas comunidades reivindican la justicia comunitaria como columna vertebral del derecho a la propia cultura. Comunidades indígenas y afrodescendientes apalancan esa reivindicación en sus potentes organizaciones, mientras las otras comunidades tienen más dificultad para defender el derecho a que sus conflictos sean manejados según las normas por las que orientan su vida.

En el último capítulo nos ocupamos de los desarrollos que viene teniendo la experiencia de JC en el último cuarto de siglo en Colombia. Tratamos de comprender cómo la expansión y la visibilización que vivencian algunas de las figuras se produce junto con una tendencia a la pérdida de fortalezas identitarias, mientras son arropadas, asimiladas y subordinadas a las formas y a los órganos judiciales. Sustentamos que este dinamismo se produce en una dialéctica de las comunidades con el Estado. Las figuras medran en medio de las posibilidades y las carencias de regulación de los conflictos que tienen las comunidades en las áreas donde el Estado no tiene capacidad de intervenir efectiva y legítimamente los conflictos. Pero la relación que los órganos judiciales y las entidades responsables de las políticas públicas relacionadas con la justicia comunitaria, desarrollan con ellas, las van transformando y les van restando potencialidades.

A partir de algunos ejemplos concretos, describimos como las figuras prosperan en contextos muy diferenciados soportadas en las estructuras sociales y culturales locales. Comunidades tradicionales, como indígenas y afrodescendientes, soportan las instancias de justicia en su fortaleza organizativa y cultural mientras que las otras comunidades suelen requerir algún refuerzo como el de una ONG o entidades estatales. Sin embargo, todas



tienen una relación con el nivel central del Estado y su AJ que tiende a transformarlas. El colonialismo remozado transforma las prácticas desde dentro y desde fuera de los espacios locales. Las formas jurídicas estatales penetran y redefinen las actuaciones procesales; con o sin facultades, las entidades intervienen, califican, rechazan y sancionan. Algunas comunidades tradicionales cuentan con más capacidad de resistir pero la riqueza de la experiencia comunitaria de administración de justicia viene perdiéndose.



Universidad
Carlos III de Madrid

CAPÍTULO PRIMERO

Pliegues en la administración judicial de justicia



En este capítulo nos proponemos analizar los alcances del sistema judicial predominante en sociedades contemporáneas como la colombiana para atender de manera eficiente y eficaz la conflictividad, la gestión democrática de las controversias y la garantía de los derechos al conjunto de la sociedad. El planteamiento que hacemos busca entender cómo opera el sistema judicial y cuáles son sus principales limitaciones y alcances. Ello, a no dudarlo, nos ha de servir de base para analizar y evaluar los diferentes sistemas de administración de justicia, incluidos los de JC. Con ese propósito, sustentamos un marco conceptual para el estudio de las instituciones de regulación de conflictos a partir de la crítica del *sistema judicial* presente en las sociedades modernas. En primer lugar buscamos identificar el modelo occidental moderno de administración de justicia, de precisar sus contornos y comprender su particularidad, pero también de penetrar en el paradigma y tratar de comprender su modo de operar sobre la realidad para, desde allí, ubicar la forma como actúa el SJ sobre la conflictividad en las sociedades occidentales modernas.

El sistema judicial moderno funciona con un método particular de administrar justicia que se funda en la instrumentación de la fuerza organizada para garantizar el orden. La técnica mediante la que administra justicia consiste en utilizar la fuerza para que el conflicto cese a partir del sometimiento de las partes a la regla jurídica dado que la el juez, como agente del Estado, dirige su intervención a sostener la integridad del sistema jurídico. Para lograrlo, se exige que la fuerza legítima sea monopólica del Estado y que ella sea vehiculizada a garantizar el cumplimiento de sus leyes. Ese es el marco dentro del cual actúa el SJ. Desde allí se definen sus límites. La intervención de los jueces



en principio no se aparta de los temas que le están asignados, ni de la manera de proceder prevista, ni de producir decisiones que no estén entre las autorizadas.

La tesis que desarrollaremos es que el sistema occidental de A de J es insuficiente para gestionar la conflictividad de la sociedad. Y esa limitación se debe a tres razones: opera dentro de ciertos contextos relacionales (el poder de la coacción), por lo que el derecho no es en sí mismo una herramienta adecuada para gestionar una zona muy amplia de la conflictividad, por estar limitado en su gestión a buscar el imperio de la ley. La técnica del uso de la fuerza es eficaz frente a ciertos conflictos pero ineficaz o con una calidad que no logra ser satisfactoria para los implicados en ellos, en muchos otros. Por lo cual, cobran fuerza otras dinámicas de regulación de los conflictos que son eficaces, aunque operan bajo sistemas de regulación considerados extrajurídicos. El sistema judicial, además carece de herramientas eficaces para solucionar la mayor parte de los conflictos que se producen en la sociedad en tanto se basa en la metodología en la que el operador toma una decisión teóricamente imparcial. Si bien se puede evaluar como una buena versión dentro de los sistemas de imposición en la gestión de las controversias, porque funcionar para cierto tipo de asuntos, sustentaremos que en tales casos buena parte de su aporte se apalanca con la existencia de otras dinámicas de gestión de conflictos con las que existe un pacto tácito.

Sustentaremos que reducir la administración de justicia al modelo implementado por los jueces del Estado, cuya labor es dirigida a garantizar el orden jurídico como realización de la seguridad que se ofrece a la ciudadanía en las sociedades modernas, tiene limitaciones para la gestión de los conflictos y para el amparo de los derechos. El planteamiento es que la oferta que hace el SJ es limitada frente a los conflictos, toda vez que por sí misma no está en capacidad de producir convivencia y paz y solo se justifica dentro de un contexto que, por extenso que sea, no es universal.

Para el efecto, la primera sección se ocupa de la relación existente entre los dispositivos institucionales de administración de justicia y el ordenamiento jurídico, a fin de hacer una evaluación crítica de los reales potenciales y limitantes para garantizar el



amparo de los intereses jurídicamente tutelados. Mostraremos que el derecho tiene una manera de abordar las relaciones sociales y la conflictividad que en una gran parte de los casos no conduce a la solución efectiva de las controversias. En la segunda sección nos ocuparemos de los procedimientos judiciales. Mostraremos cómo los estrados son un escenario distinto en donde la gestión se produce mediante la competencia desde los actos de poder y de violencia y lo que predomina es la tendencia a favorecer al más poderoso. En la tercera sección podremos contrastar el sistema analizado con los existentes en otros ámbitos políticos, sociales y culturales como con las transformaciones que se vienen requiriendo entre agentes políticos y académicos. Para ello se ofrece una tipología en la que ubicamos el caso en estudio sobre dos variables: la finalidad en la actuación y el poder de las partes en la gestión. Así, se mostrará que buena parte de los problemas que hoy tiene la A de J en nuestros países exige rupturas paradigmáticas y para muchas de ellas los caminos se están trazando en la justicia comunitaria.



I. El sistema judicial: punta de lanza de un orden de fuerza

(#1) El derecho moderno hace una oferta de seguridad a través de la amenaza. Pone unas reglas para que todos las cumplan, así que quien no las cumpla debe atenerse a la imposición de la sanción mediante su aparato de fuerza. Cuando se administra justicia, lo que se pide a la instancia responsable es que haga cumplir la amenaza. Eso es lo que define al sistema judicial que presenciamos en las sociedades modernas y queremos comprender aquí. En esta sección nos proponemos hacer una lectura crítica de los potenciales y limitaciones que tiene el SJ para gestionar conflictos en la sociedad. Para ello, vamos a abordar las particularidades que imponen dos características propias de las sociedades occidentales modernas: que el operador de justicia sea un agente del Estado (mientras que en otros contextos puede hacer parte de órganos privados o eclesiales o constituir una profesión sin mayores estructuras) y que su labor se enmarque dentro del objetivo de garantizar la integridad del orden jurídico estatal (pudiendo ocuparse de normatividad no asociada de manera directa con el Estado o que esa finalidad no sea la prioritaria). La fuerza está en la esencia de la regulación de los conflictos que hace el sistema judicial, el cual es el órgano encargado de orientar la fuerza estatal para amparar intereses promovidos por el sistema jurídico, del cual es garante.

En tal dirección, esta sección se ocupa en primer lugar de analizar el sustento de la fuerza monopólica del Estado como sustrato del derecho del Estado y el papel del SJ en



la orientación de esa fuerza a los casos específicos. Veremos en el siguiente apartado que el sistema judicial es limitado en cuanto a los temas que aborda y en cuanto a la pertinencia de los resultados que produce. Y ello ocurre, como veremos en primer lugar, por los límites que tiene el derecho estatal frente a la compleja normatividad social. Luego abordaremos, con esa lógica, al operador de justicia como una herramienta para dar la seguridad que ofrece el sistema jurídico, lo que reduce su intervención en los conflictos. A continuación evaluamos el sistema, dando cuenta de las circunstancias en las que el uso de la fuerza es eficaz frente a ciertos conflictos, mostraremos que no llega a responder o lo hace con una calidad que no logra ser satisfactoria para los implicados en muchos de ellos. Por lo cual se requiere de normas e instituciones no estatales para regular los conflictos. Vamos a sustentar que la virtud de las sociedades centrales en la modernidad es la coherencia entre tales mecanismos y normas ante el derecho estatal. Concluimos esta parte evaluando las condiciones y las consecuencias teóricas de la falta de coherencia cuando entre el derecho estatal y lo extraestatal no existe.

A. El poder ordenador de la coacción

(#2) La coacción estatal suele ser vista en las sociedades occidentales modernas como característica principal para la administración de justicia. Ciertamente, para entender este sistema de administración de justicia, que se propone en las sociedades modernas y sus diferencias esenciales con los existentes en otros horizontes culturales, debemos remitirnos a la pertinencia de la utilización de la fuerza estatal en la gestión de los conflictos y para garantizar la convivencia pacífica. Que el operador de justicia esté en capacidad de imponerse por la fuerza a las partes es una característica que no es compartida en todas las culturas y se hace necesario que entendamos por qué es un elemento esencial en las instituciones judiciales de las sociedades occidentales.



Cada contexto es particular en la manera como produce sus conflictos (Ross, 1995, p. 44). Los motivos y los intereses que pueden generar una disputa son muy diferentes entre unas sociedades y otras. Hay una diversidad rotunda en la significación que se les da a las controversias y en la manera como se les y tramita. Por ello, el sistema institucional de que una sociedad se dota debería corresponder con las particularidades de la cultura en la que está inserto³.

Los márgenes que bordean las sociedades modernas pueden ser apreciados a partir de un par de ejemplos de lo que sería la relación entre conflicto y fuerza colectiva en otros entornos culturales. Marc H. Ross en un reconocido trabajo (1995, pp. 20-82) muestra las diferencias esenciales existentes entre los conflictos que se presentan en variados contextos culturales (que él llama “culturas del conflicto”). Según el trabajo, elaborado sobre estudios de caso de varias regiones del mundo, hay una relación estrecha entre conflictividad y contextos de competitividad. La relación se establece no sólo en la actitud que cada uno toma frente a un objetivo antagónico, sino también en la forma como se interpreta la actitud del otro. En fin, la manera como se va transformando el conflicto y como se interviene sobre él. El autor se vale, como herramienta de análisis, de estudios de caso contruidos a partir de realidades muy diferentes.

Aquí nos ocupamos de dos de las más pertinentes al hilo de la exposición que estamos haciendo, porque se conciben como opuestas en cuanto a sus respectivas “culturas del conflicto”:⁴ una comunidad altamente competitiva⁴, la *Yanomami* de

³Uno de los elementos importantes trabajados en la obra es precisamente el choque entre el sistema institucional judicial y el sistema desarrollado culturalmente para la gestión de ese tipo de conflictos sobre lo que volveremos más adelante (#8).

⁴Competitiva por los comportamientos que son esperables en un grupo humano en el que se da la confluencia de un extremo sentimiento de independencia personal –cultivado en un sistema económico individual de producción agrícola y un exigente sistema de matrimonio que obliga a todos los hombres a competir entre sí por las mujeres (Junquera, 1992, p. 169). Como consecuencia de ello, se ha desarrollado una forma de relacionarse que estimula la desconfianza mutua entre todos los hombres. Cada uno parte de la base de que todos los demás actuarán en su propio beneficio, aún a expensas de los más cercanos. Ello trae consigo la idea de que las alianzas



Venezuela y Brasil y otra altamente cooperativa, la *Mbuti* del Zaire⁵. Por diferentes razones, para la segunda, los conflictos tienden a tener un significado menos definitivo y trascendente en estas comunidades. Mientras que para la comunidad *Yanomami* la conflictividad está en el centro de la vida, es la que define el quehacer cotidiano y la que explica la mayor parte de los comportamientos sociales⁶.

La comparación entre las sociedades cobra especial interés si se considera el recurso de la fuerza como mecanismo colectivo de gestión de los conflictos. Ross nos muestra en su libro⁷ que, si bien pueden existir sociedades con más eficaces instrumentos colectivos de manejo pacífico de las controversias, la fuerza colectiva no aparece como un mecanismo colectivo predilecto en ninguno de los dos casos tomados. Mientras que para el caso *Yanomani* se le da una gran importancia a la actividad bélica que corresponde a cada uno para sus propios intereses, en el caso *Mbuti* no parece tener

son siempre frágiles y se romperán en cualquier momento, reforzando recurrentemente el sentimiento de que el mundo es un lugar peligroso y cada uno no cuenta más que con sus propias fuerzas para enfrentarse a los riesgos de vivir en él.

⁵Se trata de grupos humanos, con una tenue y flexible estructura de poder centralizado, que funcionan alrededor de una economía de recolección y principalmente de caza de grandes y feroces animales, para lo cual es indispensable la contribución de todas las personas que la integran. Frente a esa necesidad de actuación colectiva, establecen mecanismos que promueven la armonía del grupo no sólo al repartir los beneficios de la actividad grupal, sino también al fomentar el apoyo emocional mutuo. También rechazan las actitudes competitivas con los demás, aunque, a través de sus mecanismos educativos, fomentan la autosuperación.

⁶ “El argumento que ofrezco resumido es el siguiente: la agresividad implica la promoción de hombres violentos para que defiendan a la sociedad. La fiereza es captada mediante una ideología que valora mucho más lo masculino que lo femenino: este dato se refuerza mediante una recompensa sexual para los guerreros, que incluye la poligamia. La devaluación relativa de las hembras conduce a una preferencia por los niños y a un infanticidio selectivo de las niñas. En esta situación resulta que las casaderas escasean y acto seguido se genera el conflicto sobre ellas. El ciclo se perpetúa así según los dos autores citados. Está claro que la eliminación de hembras reduce el número de mujeres fértiles: en consecuencia, se restringe el crecimiento población.” (Junquera, 1992, p. 169)

⁷ Para los *Mbuti* (Ross, 1995, pp. 21-29, 97, 123-131, 170 Y 195-197) y para los *Yanomamo* (Ross, 1995, pp. 20-25, 114 y ss., y 196 y ss.)



ninguna repercusión la inexistencia del aparato de fuerza capaz de imponerse. Los dos carecen de instrumentos colectivos de fuerza. Pero hay una diferencia importante.

Entre la comunidad *Yanomani* no existe ni la fuerza colectiva, ni otro instrumento colectivo digno de mención para el manejo de la conflictividad, ya que la vía que toman para la defensa de los propios intereses es generalmente individual. Cada persona opta por elevar sus propios costos⁸ de seguridad, incrementando las medidas de aislamiento frente a los factibles ataques de los otros y procurando, a su vez, debilitar a sus actuales o potenciales opositores. Para la comunidad *Mbuti*, la falta de mecanismos de fuerza colectiva no parece tan necesaria ya que disponen de una amplia gama de instrumentos para el manejo, tendientes a desactivar actitudes hostiles de la conflictividad, que van desde las acciones individuales hasta la respuesta colectiva de la comunidad. Así, cuando alguien se queja de otro, es de esperar que cualquiera de los miembros de la comunidad intervenga en busca del arreglo, se puede esperar apoyo emocional de cualquiera de los otros miembros y puede que hasta se haga un debate que atraiga a muchas personas dispuestas a colaborar hacia el arreglo de la controversia. Además, cuentan con herramientas culturales, como ciertos rituales, que refuerzan el sentido de comunidad, subrayando que todos la necesitan para su subsistencia. En fin, como puede verse, no existe la fuerza colectiva ni en la comunidad *Yanomani* ni en la *Mbuti*. En la una porque sólo actúan los individuos en tanto tales. En la otra porque la colectividad tiende a actuar pero sin recurrir al uso de la fuerza.

Hay sociedades cuyo andamiaje social no promueve el enfrentamiento de intereses ya que, al presentarse el conflicto, éste tiene un peso mínimo en la configuración de las relaciones sociales. Esas sociedades tienden a ser más pacíficas a su interior. Pero también hay sociedades con alto nivel de violencia en su conflictividad⁹.

⁸ Expresados en tiempo de trabajo, atención y otros recursos.

⁹ Al interior de esta clasificación es importante considerar la diferencia entre las comunidades proclives al conflicto interno de las que tienden al conflicto externo, también consideradas por el autor (Ross, 1995, pp. 160-182). Esto lo dejaremos para más adelante.



Son aquellas en las que la estructura de las relaciones hace que una sociedad esté especialmente predispuesta a determinados niveles o formas de conflicto y uso de la violencia. Allí el conflicto está arraigado en la forma de ser y actuar de los miembros, definiendo mayoritariamente las disposiciones psicoculturales y los comportamientos sociales. La proclividad a la agresividad puede estar acompañada de bajos niveles de cohesión política y de vínculos, así como de instituciones coactivas que se encarguen del manejo de la conflictividad y reduzcan la violencia multidireccional. Es frente a estas últimas que el uso de la fuerza podría reclamarse como un instrumento pacificador.

(#3) Es Precisamente en un contexto de conflictividad ligada a la violencia que ubicamos el surgimiento del modelo judicial moderno que, a nuestro parecer, fue claramente formulado por Thomas Hobbes. A quien debemos ubicar históricamente, en el entorno en que se produjo su pensamiento. Se trata de precisar su particularidad, a pesar de que, de manera tempranamente liberal o tardíamente escolástica, Hobbes pretendiera la universalidad de su pensamiento. Que sea particular, por supuesto, no desconoce la importancia que tiene esta obra en muchos países. La relevancia de su discurso es enorme en la medida en que logra trazar unas pautas que trascienden el contexto espacial relativamente reducido de la Europa en que vivió, hacia un contexto cultural que tendió a crecer y hacerse dominante en el mundo. Su obra tiene la virtud de permitir comprender el andamiaje político sobre el que se asienta el modelo de justicia predominante en muchos países, cuyos rasgos comunes trataremos de precisar.

De manera simple, el planteamiento hobbesiano se puede resumir en este aserto: la naturaleza humana genera desconfianza mutua y de allí deriva la necesidad del Estado. Esa necesidad causa que las personas se pongan de acuerdo para salir de ese estado de naturaleza¹⁰ y se sometan (pacto de subsunción) a un tercero a quien atribuyen la

¹⁰ El estado de naturaleza es una abstracción que se construye como un escenario de socialización pero al margen de cualquier institución política, suponiendo cómo se daría idealizadamente la vida en común de los individuos, sin relaciones de poder entre ellos. Capella muestra que desde ese constructo se presentan como “naturales” los pactos entre desiguales y la necesidad del Estado (Hobbes) o la propiedad privada y el trabajo asalariado (Locke) o ciertos



posibilidad de regular la relación entre ellos. De allí derivaría (dicho a grandes saltos) la justificación para el surgimiento del poder del Estado sustentado en una especie de “derecho natural”¹¹ a una estructura de poder y seguridad. De modo que en los conceptos de Estado de Naturaleza y de naturaleza humana están las bases sobre las que se edifica su andamiaje teórico. No es interés de este trabajo abordar el debate sobre si la naturaleza humana es violenta¹² pero si vamos a subrayar, como es evidente, que hay humanos violentos y contextos culturales en los que hay proclividad a las acciones agresivas. En ese orden, es suficiente para continuar que digamos que las reflexiones que hacía el filósofo inglés se referían a una sociedad con ciertos aspectos en común con la sociedad *Yanomani* de la que venimos dando cuenta. No es el Estado de naturaleza de cualquier sociedad y definitivamente coincidiría en mucho menos con la de la comunidad *Mbuti*. Fue cierto “estado de naturaleza” el que podía ver desde su espacio y su tiempo y sobre el que abstraigo su planteamiento. Con esta advertencia, intentemos una reflexión sobre cuál es el tipo de humanos que le correspondió conocer a Hobbes, cuál es el estado de naturaleza¹³ al que se refiere y cómo se fundamenta desde allí la forma política conocida como Estado Moderno.

Con esas preguntas se acerca Macpherson (1979, pp. 26-28) a su pensamiento partiendo de la base de que las pretensiones universales que tenía deben ser reducidas a

derechos, llamados naturales de razón (porque se coligen a través de la razón, pues no tienen origen religioso): la vida, la propiedad y la capacidad contractual. (Capella, 1997, p. 110). Véase también Fitzpatrick (1998, p. 75).

¹¹ Entendido como la necesidad que tienen los individuos de someterse.

¹² Ha habido análisis que sustentan que se requiere de una institucionalidad que aplaque o controle tendencias agresivas en el ser humano (Fromm, 1966) así existen sociedades en las que las relaciones predominantes tienden a hacerse violentas, mientras que hay sociedades cuya estructura social no es proclive a la agresión.

¹³ Dahrendorf subraya el hecho de que la idea de contrato social tuviera su mayor desarrollo en la época de mayores desórdenes en las sociedades europeas. Era una sociedad que experimentaba en carne propia el estado de naturaleza que Hobbes y otros filósofos describieron (Dahrendorf, 1994, p. 28). El “estado de naturaleza” era algo objetivo, que se vivía.



sus dimensiones históricas, es decir, que las personas y la naturaleza de las que habla Hobbes corresponden con un contexto determinado. Si bien ellas son explicativas y válidas en un contexto más amplio, de ellas no se pueden derivar universalizaciones de manera directa. Se necesita de un humano situado para que se pueda hablar de su naturaleza y de una cierta sociedad para que se pueda hablar de su estado de naturaleza¹⁴. Y el hombre y la sociedad de que habla Hobbes están en un área específica del planeta y en una época caracterizados por una historia particular, unas clases sociales con ciertos intereses en pugna, unas décadas de conflictividad exacerbada, unas necesidades políticas concretas, una acumulación cultural correlativa y una tradición institucional con las que se corresponde. Cosa diferente es que, como se ha dicho, varios de sus rasgos se han proyectado en otras sociedades a las que se ha trasplantado exitosamente, con su acervo político cultural, a regiones diferentes de donde se originó. Lo que fácilmente puede parecer universal no es más que la resultante de la reproducción de un sistema de relaciones sociales, acompañada de la imposición cultural y, por esa vía, la validación de la expansión del proyecto político en diferentes lugares del planeta.

En consecuencia, contrario a lo que se ha generalizado desde versiones un poco ingenuas, el estado de naturaleza del que habla Hobbes no es de salvajes sino de civilizados. Es una abstracción que se construye desde la sociedad en la que vivió el autor del *Leviatán* (Macpherson, 1979, pp. 28,31 y 44-50). Hobbes define esa sociedad como un conjunto que se configura con individuos¹⁵ que actúan en ausencia de un ser a quien

¹⁴ Sólo puede hablarse de naturaleza humana en contextos específicos y particulares. No puede decirse que haya una naturaleza humana universal para todos los tiempos y todas las culturas. Como dice Agnes Heller: “Las necesidades «socialmente producidas» son necesidades de hombres particulares. De esta determinación forman parte con frecuencia sólo las necesidades «no naturales», otras veces la totalidad de las necesidades indiscriminadamente. En ese último caso «necesidad socialmente producida» es sinónimo de necesidad humana, donde «humana» no constituye una categoría de valor” (Heller, 1978, p. 78).

¹⁵ La formulación del individuo que domina en la modernidad es la producida por Hobbes. O sea, la de un hombre egoísta, patriarcal (Pateman, 1995; Amoros, 1991) míticamente despojado de su condición social, que se ocupa sólo de su propio interés. Algo que, como lo venimos señalando,



todos temen por igual. El Estado de Naturaleza en Hobbes sería necesariamente de guerra de todos contra todos. De allí que se hiciera necesario y legítimo el Estado porque sería el único instrumento para que cada uno sepa qué es lo que realmente tiene y puede garantizarlo. Macpherson sustenta ampliamente que este estado de guerra de todos contra todos sólo puede entenderse en un contexto en el que los comportamientos se determinan desde la competencia por el poder y la riqueza, como el que le correspondió habitar al filósofo inglés. Macpherson analiza diferentes formas de sociedad y llega a la conclusión de que esa clase de individuos sólo se da en una sociedad que él llama posesiva de mercado. Así la define:

“[...] permite a los individuos que desean más placeres de los que ya tienen tratar de hacerse para su propio uso con los placeres naturales de otros. Lo hacen a través del mercado, en el que todo el mundo está complicado necesariamente. Dado que el mercado es competitivo continuamente, quienes se contentarían con el nivel de satisfacciones que ya tienen se ven obligados a nuevas exacciones por cada intento de los otros de incrementar las suyas. Quienes se contentarían con el nivel que ya tienen no pueden hacerlo sin conseguir más poder, esto es, sin tratar de hacerse con más poderes ajenos para compensar la cantidad creciente que los esfuerzos competitivos que otros están obteniendo de los suyos” (Macpherson, 1979, p. 60)

Sería precisamente esa competencia creciente que tendería a la confrontación de unos y otros pudiendo derivar en la agresión mutua: el estado de naturaleza. Frente a lo cual se haría necesario un aparato político más poderoso y temible que cualquiera que interviniera de manera amplia para controlar las fluctuaciones del mercado, para fomentar sectores industriales, etc. El Estado sería propuesto por Hobbes como la herramienta llamada a poner orden (estado civil) a los problemas de la sociedad

correspondía con el tipo de ser humano que a Hobbes le tocó conocer y que se corresponde con el tipo de sujetos que son funcionales a la sociedad capitalista que por entonces nacía, que desde Macpherson llamamos “sociedad competitiva de mercado”. Pero, la suposición de un individuo se constituye en la base para fundar jurídica y filosóficamente la relación entre personas en la sociedad capitalista, como la realización de la voluntad autónoma y libre. (Capella, 1997, pp. 196 y ss); (De la Torre, 1986, p. 86).



competitiva de mercado (estado de naturaleza)¹⁶. Lo cual justificaría, a partir de esa “condición natural”, la obligación de obedecer al soberano¹⁷. Macpherson llama aquí la atención sobre los límites de ese modelo de ordenación: Siendo que esa “condición” natural es producida históricamente para un tipo preciso de sociedad, su aplicabilidad como propuesta de organización política también estará sujeta a condiciones históricas que le sean asimilables. En la misma dirección apuntan los planteamientos de N. Bobbio, para quien también es necesario ubicar históricamente el estado de naturaleza del que hablaba Hobbes partiendo también de la base de que el profesor inglés nunca supuso que tal estado hubiese existido como forma primitiva. Para Bobbio el “estado de naturaleza” de Hobbes se encuentra en las relaciones internacionales y en la situación previa a una guerra civil. Bobbio interpreta al filósofo inglés subrayando que el estado de naturaleza se lo definió como “el temor recíproco y permanente de una muerte violenta, a falta de un poder común” (Bobbio, 1992, p. 47) causados por las tres motivaciones que hacen que las personas combatan entre sí: el beneficio, la desconfianza y la reputación.

Es en este punto donde las dos lecturas de la obra del autor de *El Leviatán* se apartan mayormente. Macpherson no da a las tres causas el mismo peso. Señala que la desconfianza surge de la competencia por los beneficios (que es a la que Hobbes llama explícitamente competencia) y la gloria. Por tanto, la competencia será la base sobre la que se produciría el violento estado de naturaleza que tanto preocupó al pensador del siglo XVII. En abierta divergencia con el profesor canadiense, Bobbio pone su énfasis en la desconfianza y señala la necesidad del Estado como el medio para garantizar al menos el bien de la vida. Pero no aclara cuál podría ser la motivación que habría para que un hombre tenga que vivir temiendo a los demás. En el italiano se percibe el vacío de una

¹⁶ La guerra civil será para el autor canadiense simplemente la profundización de esa dinámica competitiva.

¹⁷ Partiendo de perspectivas analíticas muy diferentes, Cooter y Ulen llegan a similares conclusiones (Cooter & Ulen, 1998, pp. 127 y ss). Ellos ven en el planteamiento hobbesiano el camino tomado en occidente para reducir los costos de transacción en la negociación privada y minimizar los daños causados por las fallas de los actores no estatales.



explicación para la existencia de la desconfianza mutua entre las personas, a no ser que se afirmara que la desconfianza corresponde a la naturaleza humana.

El mérito de Macpherson radica entonces en lograr una forma sistemática de entender la concepción de sociedad sobre la que se organiza el Leviatán. La competencia pasa a ser la razón última que causa el estado de guerra entre las personas y que fundamenta la necesidad del Estado. De lo que se puede derivar que, con base en la propuesta teórica de Hobbes, sólo se podría justificar el Estado con las particulares occidentales en una colectividad que tenga las características de una sociedad competitiva de mercado y, por tanto, donde exista la situación de inseguridad que sería previsible, en la que se da rienda suelta a las actitudes propias de los sujetos inmersos en este tipo sociedad. De cualquier modo, los dos autores coinciden en señalar que lo que Hobbes llama estado de naturaleza –frente al cual se erige el Estado moderno-- no es sino una sociedad altamente conflictiva (por inseguridad o por competencia) que no cuenta con recursos eficaces para el uso colectivo de la fuerza en el sentido de imponer el orden a través de mecanismos idóneos de manejo de conflictos.

Entonces, y asumiendo tal planteamiento, vemos importantes coincidencias de la sociedad a la que Hobbes llama estado de naturaleza con la comunidad *Yanomani* de la que hablamos al comienzo. Aunque por razones diferentes y con objetivos inmediatos distintos, una y otra son sociedades altamente desconfiadas y generadoras de violencia en los conflictos. Por tal razón tenderían a la agresividad hacia los otros seres humanos, mientras no cuenten con una herramienta lo suficientemente poderosa que se imponga a todos. Escenario en el que, en la sociedad occidental, aparece la necesidad del Estado como herramienta de pacificación, para “domesticar la insociable sociabilidad del hombre” (Dahrendorf, 1994, p. 90) y para el encuadramiento de la conflictividad que se



produce en una sociedad que tiende crecientemente a definir las relaciones más relevantes por la competencia entre sus miembros¹⁸.

Los ejemplos analizados por Ross, muestran desde las antípodas que la violencia germina con mayor facilidad en sociedades competitivas con fuertes desequilibrios de género¹⁹. En la base de la “cultura del conflicto” que se encuentra en sociedades capitalistas occidentales estaría la desconfianza mutua que se genera por la alta competitividad a la que nos vemos empujados, haciéndose necesario un poder superior a

¹⁸ Ross se pregunta si en las sociedades capitalistas occidentales es factible considerar vectores de una cultura pacifista del conflicto, para lo cual examina con detenimiento el *caso noruego*, uno de los países menos violentos del mundo. En su descripción puede verse como, además de contrarrestar la competitividad capitalista, se actúa frente a pulsiones patriarcales y se refuerzan las estructuras comunitarias. En esa dirección analiza una sociedad especialmente pacífica dentro de los contornos del capitalismo contemporáneo, que nos permite contrastar el planteamiento general que hemos hecho. Para Ross, la equidad social, el pacifismo, la riqueza no son un dato del contexto sino una consecuencia de lo que han construido como país. Si bien, la unificación interna del país frente a la ocupación y dominio extranjero, marca un punto de partida, ha habido desarrollos culturales que son definitivos en lo que ahora se tiene. La gran homogeneidad social es resultado de políticas fiscales distributivas pero también, al lado de la independencia individual, en el cultivo de la preocupación por el prójimo que se traduce en que cada uno cuenta con toda la comunidad para lo que la necesite. Procuran ante todo la gestión dialogada del conflicto:: dos tercios de los casos son resueltos en comisiones comunitarias de conciliación. Combinan redes morales (de apoyo y solidaridad) con el impulso generalizado de organizaciones sociales que operan en todos los niveles de la vida social. La identificación con el género masculino no se asocia con la violencia. La igualdad entre hombres y mujeres se fomenta en la sociedad noruega hace más de un siglo. Se educa a los niños barones con calidez e indulgencia y el castigo físico es poco frecuente, fomentando el autocontrol en procura de evitar el trato de palabra y de obra que pueda desagradar o dañar a otro. Lo cual estaría muy mal visto. Es necesario evitar situaciones en las que se pueda transmitir la agresividad. Por ejemplo, los deportes promueven más la salud y la autosuperación, que la competencia (1995, pp. 221-230).

¹⁹Lo que puede verse en el caso Noruego, como una cierta sociedad capitalista, y el caso Yanomami para una comunidad indígena tradicional, es que una cultura pacifista del conflicto – en términos de Ross- implica una transformación de las relaciones de género, de los roles tradicionales -femenino y masculino- establecidos por el patriarcado (tanto en sociedades occidentales como en otras). En la medida en la que se transforman aquellas características patriarcales propias de cada rol, se promueven a su vez cambios en la sociedad en perspectiva de una cultura de paz. Entonces, promover una cultura de paz pasa porque en la sociedad se valore más lo femenino, se proteja a las mujeres, se desincentive la agresividad y el uso de la fuerza, se separe la violencia del género masculino y se promueva el cuidado del otro como valor común entre hombres y mujeres (DBR).



todos y todas, que se imponga para definir cómo se resuelven los conflictos. El Estado emergió entonces como una herramienta para el manejo de los conflictos, fundada en la conducción de la fuerza ordenadora de la sociedad. La intervención del Estado en el manejo de los conflictos es pertinente y justificada a partir del miedo que “naturalmente” provocan los demás a cada ser humano. En el otro extremo estarían las sociedades que comparten rasgos encontrados entre los *Mbuti* y sus instituciones mediante las cuales regulan su conflictividad. Pero esas no son los únicos tipos de sociedad posibles: entre Venezuela y Zaire hay mucha distancia y muchos caminos.

B. La limitada gestión jurídica de conflictos

(#4) En este apartado nos ocuparemos de la relación que hay entre el derecho y la conflictividad en la administración de justicia de las sociedades occidentales. La idea que desarrollaremos es que el derecho incide en la conflictividad de una manera mucho más limitada de lo que suele postularse y los operadores judiciales carecen de herramientas jurídicas para intervenir de manera exitosa en la gestión de muchas de las controversias sociales. Con ese propósito, en primer lugar y en desarrollo de lo propuesto en el anterior acápite, analizaremos el lugar que tiene la juridicidad y su elemento coactivo como sustento de la operación judicial. Buscamos entender el método que tiene el derecho frente a la conflictividad y cuáles son los alcances de lo jurídico para intervenir en las controversias. Sustentaremos que el tratamiento del conflicto es una función que se subordina a la tarea de reproducir el orden, que es lo que de fondo corresponde a los jueces y demás operadores de justicia orgánicamente en el Estado. Luego examinaremos la capacidad regulatoria que tiene la normatividad jurídica frente a los conflictos que se presentan en la sociedad.



i) ¿Hasta dónde la coacción (jurídica) regula los conflictos?

(#5) Uno de los pliegues que tiene el sistema judicial se ubica en lo que se propone como una de sus principales virtudes: la coactividad. Coherentemente con lo dicho en el anterior apartado, el SJ se ubica como una herramienta para brindar seguridad mediante la organización de la fuerza colectiva: su poder derivaría principalmente de la posibilidad que tiene de imponerse por su posición en el Estado. El operador de justicia tiene como misión intervenir en los conflictos a fin de garantizar a cada uno los derechos establecidos. Lo cual se traduce en términos operacionales en garantizar a cada uno y en cada caso integridad de la ley y del orden jurídico. Así, los jueces cumplen un papel primordial en la convivencia pacífica: producir confianza entre todos en la medida en que se cuenta con que las normas son cumplidas voluntariamente por todos bajo la tutela de un aparato de justicia listo a hacer cumplir las normas. Entonces, la intervención en el conflicto se hace desde la norma general para salvaguardarla, al proteger intereses específicos y declarar derechos; en el marco de la ley del Estado se restablece el orden.

La labor del operador se limitaría a identificar los intereses que están protegidos por el orden que define el derecho del Estado y a decidir, en consecuencia con ellos, su restablecimiento y la sanción para el que los haya vulnerado. En eso consiste la función del juez: brindar seguridad jurídica²⁰. Mediante las leyes, el Estado prescribiría las

²⁰La seguridad es un eje del discurso sobre el orden jurídico que atraviesa la modernidad, desde el siglo XVII hasta el XX. Desde Hobbes, que había articulado su propuesta de Estado alrededor del monopolio de la fuerza legítima, como instrumento para garantizar la paz, justificando al estado ante la inseguridad que genera que todos estén en capacidad más o menos igual de infligirse daño mutuo, hasta Kelsen, quien no duda en catalogar al derecho como un orden de fuerza que garantiza la paz. Desde el planteamiento del filósofo inglés que sustentó que el Estado genera seguridad porque puede obligar a todos a cumplir los acuerdos y las reglas (Hobbes, 1994, pp. 47 y ss) hasta el jurista más prestigioso en el siglo XX occidental que dice: “El derecho es, sin duda alguna, un orden establecido para promover la paz, ya que prohíbe el uso de la fuerza en la relaciones de los miembros de la comunidad. Empero, no excluye de manera absoluta su



normas del orden de las cuales derivan derechos y obligaciones para todos. En ese marco, según Hobbes, el soberano establece los límites de la propiedad y de la libertad de cada uno. La obligatoriedad de ese orden es lo que da seguridad jurídica²¹ pero esa seguridad depende de la existencia de una norma y de quien la obligue a cumplir y ahí está el papel previsto para los jueces.

La normatividad jurídica definiría el marco dentro del cual se puede actuar y esperar que actúen los demás. La seguridad jurídica da fluidez a las relaciones sociales (Capella, 1997, pp. 132 y ss) dando la certeza de que podrá esperar que los demás obren dentro de la misma área amparada jurídicamente y se contará con el respaldo de la fuerza colectiva para que se realice. Y es aquí donde se ubica el aparato judicial porque es el llamado a imponer por la fuerza, cuando sea necesario el cumplimiento de las normas jurídicas legales. En la capacidad de castigar con que cuentan los operadores jurídicos radicaría su aporte a la convivencia, porque las personas sabrían que el incumplimiento de las normas autoriza a un juez para ordenar un daño legítimo a quien incurrió en él. Por ello la disuasión que desmotiva a actuar en contravía de las normas se significa de manera similar que la prevención general de delitos (Christie, 1984, p. 38).

Con lo cual establece la subordinación formal de los órganos de poder estatal a las normas y transmite a toda la comunidad, de manera correlativa, un mensaje sobre lo que se puede esperar, no sólo porque existe la norma sino porque la fuerza del Estado se orientaría a imponerla cuando fuera necesario²². Entonces, cuando se tiene un conflicto,

empleo. El derecho y la fuerza no deben ser entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquél es la organización de ésta” (Kelsen, 1995, p. 24).

²¹Según Hobbes, en el factor que configura tanto la propiedad –en la medida que el hombre “sabe qué puede disfrutar” (1994, p. 146), como de la libertad, porque ella radicaría “en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha predeterminado el soberano: por ejemplo, la libertad de comprar y vender y de hacer, entre sí, contratos de otro género, de escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio género de vida” (1994, p. 173).

²² Gracias a la ley del Estado, todos los ciudadanos y ciudadanas podrán saber lo que se les ordena, se les permite y se les prohíbe, pero gracias al aparato judicial la fuerza en principio



el Estado ofrece a la ciudadanía su capacidad de imponer una decisión que garantice derechos, que ponga orden:

“Ahora bien, la solución usual, para nosotros, gente de derecho, (la solución) más cercana al uso puro y simple de la fuerza, la que interviene a manera de disuasión de un tal recurso, aquella que también, eventualmente, solicitará la intervención del brazo secular [...] es decir de la fuerza, por legítima -o ilegítima- que sea. La fuerza a la cual recurren las partes es la de la institución judicial y eventualmente policiva. En ese caso, hay un ganador -el cual pierde además siempre alguna cosa en el asunto- y un perdedor” (Arnaud, 2003, p. 24).

ii). La seguridad que da el derecho.

(#6) Otro aspecto que se debe comprender es la extensión de la oferta de seguridad que hace el derecho. Puede ser ilustrativa una experiencia personal cuando estaba empezando mi profesión de abogado, siendo apoyo profesional de campesinos pobres en un proyecto comparativo con comunidades indígenas y pobladores urbanos²³. Ocurrió en el municipio de Gigante (departamento del Huila, Colombia) a cuatrocientos kilómetros al sur de Bogotá. Un labriego de avanzada edad y sin fuente de ingreso vio cómo su situación llegó a agravarse cuando quedó solo por la muerte de la esposa en un accidente de tránsito. Su compadre hacendado le ofreció alojarlo en una casa cercana a la suya, dentro de su predio. El hombre, cercano a los sesenta años, aceptó pensando que en pocos años moriría en ese predio. Por gratitud y reciprocidad se convirtió en el hombre de confianza de su benefactor, cuidando todo el predio y sus mayores valores, pero actuando siempre como simple tenedor y sin ninguna relación laboral o contractual.

irresistible del Estado estará ahí, como instrumento que coaccionará para que se cumpla o para castigar a quien no acate las reglas a las que debe someterse.

²³ Centro de Investigación y Educación Popular –Inter American Foundation, *Asesoría Jurídica a sectores populares*, 1984-1988, Director, Fernando Rojas Hurtado.



Contra lo esperable, el hacendado murió primero y no dejó herederos ni testamento. El Estado²⁴ recibió la titularidad del bien y reivindicó el predio. Nuestro hombre, ya de más de setenta años, no podía entender por qué el Estado no le permitía quedarse allí hasta morir. Le escribió al Presidente de la República y él (¡increíblemente!) le contestó solidarizándose y diciéndole que no podía hacer nada. Su interés carecía de amparo en el mundo del derecho. Pero el anciano tampoco entendía por qué, si el presidente era el jefe del Estado, no ordenaba que los jueces hicieran justicia a su caso. Él no comprendía que la normatividad jurídica actúa sobre áreas limitadas de la realidad y la seguridad que ofrece sólo opera dentro de los límites que el propio derecho establece. Ahí tenemos un pliegue del sistema judicial frente a la conflictividad.

Veamos cómo es la seguridad donde actúa el sistema jurídico y cómo es donde no. La seguridad jurídica es esencial para el flujo de las relaciones capitalistas en tanto permite superar el miedo y la desconfianza a los demás, lubricando las relaciones sociales. La seguridad jurídica produce un margen de certeza dentro del cual se puede actuar y esperar las actuaciones de los demás. Es lo que llama Elías Díaz “zonas de legalidad” (1993, pp. 40 y ss.), (Peces-Barba, 1995) donde se obtiene el beneficio que se deriva de la reducción de los costos que serían necesarios para satisfacer la ausencia de esa potencia coercitiva (Cooter & Ulen, 1998, pp. 127 y ss.). Desde esta perspectiva, el orden jurídico se valida a partir de la “pretensión frenética” de eliminar la incertidumbre en la circulación de mercancías, presente en el proceso de expansión de la racionalidad jurídica moderna. Convirtiéndose en un beneficio fundamental en la racionalidad capitalista. Gracias a él se logra calculabilidad. Lo que significa que, por ello se alcanzan condiciones que posibilitan a los actores que participan en el mercado informarse con la mayor precisión posible, y de antemano, no sólo de los costos de producción y distribución, sino también de los de transacción de todas las operaciones económicas. El

²⁴En esa época el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como entidad del Estado, ocupaba el cuarto orden herencial y tenía derecho a la totalidad de los bienes si no había disposición testamentaria diferente.



orden jurídico ofrece una seguridad que sirve para reducir el margen de posibilidades para los actores, hasta donde convenga, para el mejor desempeño del mercado²⁵.

El derecho canaliza las acciones productivas y distributivas. De modo que un sistema jurídico lo suficientemente previsible sería una herramienta indispensable para el funcionamiento de la sociedad capitalista. Esta afirmación puede ser ejemplificada a la luz de la teoría económica del derecho de propiedad. De acuerdo con ella, la propiedad sería un conjunto de derechos que se pueden ejercer libremente y gracias a la protección que tienen frente a la intervención de otros. Esa protección es definida a través de un sistema (jurídico) de asignación en el que se determina cómo se adquieren y cuál es el alcance de los derechos que cada uno tiene. Gracias a ello, mal o bien, (1) se reducen los costos sociales al llevar hacia el mínimo el número hipotético de aspirantes eventuales a los mismos, (2) se reducen los costos de protección de los derechos y (3) se reducen los costos de transacción, cuando los bienes toman la forma de mercancía. En consecuencia, al removerse los obstáculos para la negociación privada, se facilita la circulación de mercancías porque favorecerá que la relación entre costos y beneficios sea positiva en cada operación comercial (Cooter & Ulen, 1998, pp. 100-143).

Las relaciones propias del intercambio y buena parte de las de producción de mercancías estarían reguladas por el derecho y llamarían al amparo judicial para darles seguridad jurídica cuando fuere necesario. Del mismo modo hay otros conjuntos relacionales que se demarcan por la normatividad del Estado y harían parte de lo que se puede denominar relaciones jurídicas. Al interior de tales conjuntos relacionales se puede presentar un conflicto donde quepa exigir la actuación del Estado para amparar un interés y, entonces, el conflicto será jurídico. Allí podrá convocarse exitosamente la intervención judicial. Pero hay diversos conjuntos relacionales, intereses y

²⁵ “No hay mercado sin el contrato social, aunque si este contrato se transforma en una jungla de leyes y reglas la insociable sociabilidad humana será sofocada y el progreso se detendrá. Pero el equilibrio entre mercado y normas sigue siendo un tema extremadamente difícil. Para el estudioso de la libertad, la línea divisoria entre ambos es crucial”. (Dahrendorf, 1994, p. 94).



comportamientos que carecen de normatividad legal que los regule, entonces los conflictos que se presenten no se consideran jurídicos, no están al alcance de la acción de los jueces ni cuentan con la capacidad coactiva del Estado.

Hay entonces un amplio terreno en el que los conflictos se consideran privados y, por tanto, no son asunto de interés del Estado. Para ellos no se han definido zonas de seguridad y, por el contrario, las fuerzas del complejo, desequilibrado y contradictorio espacio social obran a sus anchas y de acuerdo con las relaciones de poder existentes en la sociedad. Para ello se apela a un argumento sumamente poderoso según el cual existen dos campos en los cuales pueden discurrir las relaciones sociales: el privado y el público. Será privado aquel en el que las relaciones implican únicamente los individuos que entran en ellas y serán públicas las que implican a toda la colectividad. Se supone que cada conjunto de relaciones constituye una esfera que está estrictamente separada de la otra: una en que se da lo particular, que está por fuera de la política y que es irrelevante para la colectividad. Otra que se ocupa de las cosas de interés colectivo y que sólo aborda la esfera privada para establecer el marco dentro del cual deben fluir las relaciones privadas²⁶. La esfera pública es el reino de la igualdad (formal). Las desigualdades económicas o sociales son desequilibrios que se presentan en la esfera privada y carecen de interés para la colectividad (Capella, 1997, pp. 196 y ss.). Por tanto no son asunto que corresponda a la esfera pública, no convocan la intervención del Estado. Las potencias del mundo social pueden existir y no tienen por qué ser interferidas por el poder estatal que ha demarcado sus límites en la esfera pública a través de las leyes.

²⁶ Desde las teorías críticas feministas, Benhabib (2006) plantea una doble crítica a ese paradigma dual. La primera ontológica al concepto de sujeto y la segunda institucional a las bases de teoría que distingue entre la esfera pública y la privada. La primera crítica parte del examen de la concepción del yo del contractualismo clásico que se muestra con los atributos de un varón que realiza un pacto con sus iguales con el fin de someter a las mujeres y excluirlas de la esfera pública. Así, el universalismo identifica las experiencias de los varones como grupo específico como paradigma de los humanos. También es excluyente el universalismo dado que no se incluye en la esfera pública a aquellos sujetos que no comparten las características de aquellos sujetos (varones). (DBR)



Y es precisamente en el análisis de las relaciones de poder que se producen por fuera del alcance del ordenamiento jurídico que Foucault denuncia dinámicas donde reina la imprevisibilidad, el derecho no ampara intereses y el aparato judicial no tiene facultad de intervenir. El filósofo francés Michel Foucault (1978), al observar la realidad del mundo privado, hace un análisis de lo que él llama las sociedades disciplinarias. Para comenzar plantea que el problema del poder sólo puede ser entendido si se tienen en cuenta las diferentes potencias que interactúan en la sociedad. Sostiene que el derecho tiene como función esencial la de encubrir las relaciones de dominación mediante un discurso humanista, que sitúa al hombre en el centro del poder, cuando el derecho es exactamente lo contrario: el producto derivado de unas relaciones de dominación. Aunque la sociedad pareciera fundar su poder en el respeto a los derechos de todos, el poder social funciona en ámbitos que el propio derecho protege y encubre. Allí, en el mundo privado, operan los mecanismos más importantes de ejercicio del poder, sobre presupuestos distintos al derecho y con aspectos vinculados al mantenimiento de un orden que no pasa por el discurso jurídico y que dista de contar con prioridades humanistas en las relaciones de los seres humanos que somete.

(#7) En el mundo extrajurídico opera un poder disperso y descentralizado que es el campo de las reales relaciones de dominación²⁷. Esta forma de poder se realiza en las instituciones privadas como la escuela, la fábrica, los centros de salud y es gobernada desde un discurso científico de normalización y estandarización. Siendo así, de poco vale que la ley trate a todos por igual si en la sociedad se está clasificando, estratificando y

²⁷ Veamos, por vía de ejemplo, como nuestro autor sustenta lo que tiene que ver con la regulación de la sexualidad: “La instancia de la regla. El poder, esencialmente, sería lo que dicta al sexo su ley. Lo que quiere decir, en primer término, que el sexo es colocado por aquél bajo un régimen binario: lícito e ilícito, permitido y prohibido. Lo que quiere decir, en segundo lugar, que el poder prescribe al sexo un "orden" que a la vez funciona como forma de inteligibilidad: el sexo se descifra a partir de su relación con la ley. Lo que quiere decir, por último, que el poder actúa pronunciando la regla: el poder apresa el sexo mediante el lenguaje o más bien por un acto de discurso que crea, por el hecho mismo de articularse, un estado de derecho. Habla, y eso es la regla. La forma pura del poder se encontraría en la función del legislador; y su modo de acción respecto del sexo sería de tipo jurídico- discursivo” (Foucault, 1978, p. 50).



jerarquizando; se está ascendiendo a unos y descendiendo a otros, según se acojan más o menos a ideales y conceptos de normalidad que se producen desde los pliegues del derecho. Existen unos escenarios de ejercicio del poder social frente a los cuales los derechos legales son inanes. Existe también una micropenalidad disciplinaria que no pasa por el principio de legalidad y el debido proceso. Frente a ella, la cárcel entra a operar como última instancia, con esos principios como criterio de precisión, para poner por fuera de la sociedad a aquellos frente a los cuales es ineficaz el poder disciplinario como herramienta de sometimiento (Foucault, 1978, p. 218 y ss).

Boaventura de Sousa Santos da un paso adelante estableciendo una lectura de la complejidad como se producen las dinámicas de regulación y la conflictividad sociales y dando cuenta de que lo que existe son seis grupos básicos de relaciones sociales, cada uno regulado específicamente. Tales grupos relacionales o *espacios estructurales*, se definen desde prácticas sociales diferentes y cuentan con sus respectivas estructuras normativas (que el autor no duda en considerar jurídicas) y sus correspondientes instituciones, formas de poder y dinámicas específicas de desarrollo. El espacio de ciudadanía correspondería a la práctica social estado-individuo, definido como derecho territorial por antonomasia, su institución dominante es el Estado y reúne al conjunto de dinámicas sociales que están cubiertos por el derecho estatal y la actuación hipotética de tutela por parte del AJ.

Santos propone que el espacio doméstico, instituido desde el matrimonio y el parentesco y regulados por el patriarcado, junto con su propia normatividad²⁸. El espacio productivo, instituido por la fábrica y la empresa y regulado por la explotación y las normas de la producción. El espacio de mercado, con su propia institucionalidad y

²⁸ Si bien la familia es el lugar donde se origina el patriarcado y primordialmente rige en este espacio, no es exclusivo del espacio doméstico pues también ejerce cierta regulación en los demás espacios. Por ejemplo, en el ciudadano la supuesta tutela por parte del Estado se restringe por criterios patriarcales. En el espacio productivo, según las feministas socialistas, prima la división sexual del trabajo y se establecen roles estereotipados. En el espacio de mercado, las mujeres y sus cuerpos han sido consideradas mercancías, objetos sexuales de intercambio.



regulado por el fetichismo de la mercancía y las normas de intercambio²⁹. El espacio de comunidad, instituido por vecindad, territorio, iglesia, organización de base, se regula por la diferenciación desigual y de la normatividad comunitaria. El espacio global, instituido por el sistema interestatal y asociaciones internacionales, se regula por el intercambio desigual.

Estos espacios no son regulados ni articulados por el ordenamiento jurídico, no están incluidos por la seguridad propia del derecho ciudadano y, por hacer parte del mundo privado, carecen de amparo del SJ. Por ejemplo, en las relaciones laborales debemos diferenciar las de compraventa de la fuerza de trabajo, ubicadas en la esfera de ciudadanía y regulada por el derecho estatal, de la utilización de la fuerza de trabajo, que se ubican en la esfera de productiva. Un trabajador puede prever, mediante el derecho laboral, cuáles son sus derechos en su remuneración pero es en la empresa que se decide por otras vías cómo trabaja y en qué, cómo se le evalúa y cómo se le controla (Santos, 2000, pp. 253 y ss). La seguridad jurídica sólo ampara una parte de las relaciones de trabajo.

Si bien la normatividad estatal se ha ido extendiendo, lo privado sigue siendo lo predominante en la vida y en los conflictos. La mayor parte de las relaciones sociales carece de la oferta, previsibilidad y seguridad jurídica que se predica de los intereses amparados jurídicamente³⁰. Con la lógica propuesta en el anterior acápite, cada uno

²⁹Elster lidera una pléyade de economistas que, como veremos, propone la optimización desde las normas. “Los comportamientos están determinados tanto por la racionalidad como por las normas (puede ser equilibrio, restricción mutua como la decisión de participar siempre que no le salga muy costoso a uno o, al contrario, se está dispuesto a competir y hacerse daño, dentro de las normas).” (Elster, 2001, pp. 62 y 67)

³⁰Y, como venimos diciendo, el amparo implica tanto la postulación de un interés como un derecho a la luz de las normas estatales, como la posibilidad de movilizar de manera efectiva al Estado, y preferencialmente, su aparato judicial. Esto sugiere la posibilidad de “zonas de legalidad” incompleta porque, a pesar de existir normas legales que las regulan, no cuentan con la capacidad coactiva del operador judicial. Un tema que será abordado más adelante en este mismo capítulo.

estaría expuesto al temible estado de naturaleza de Hobbes, determinado en sus comportamientos y en sus expectativas por los juegos de poder en los que se halla inmerso. Sus conflictos se manejarían desde racionalidades que no se comprenden en el mundo de las normas jurídicas del Estado.

Ilustración 1. Espacios estructurales de las relaciones sociales



Con lo cual estaríamos diciendo que una muy buena parte de las relaciones está sujeta a dinámicas regulatorias y de poder que no son jurídicas. También, que la seguridad jurídica que ofrece el Estado existe sólo en una parte de la realidad normativa porque en cada espacio estructural hay actores de poder y reglas. La seguridad jurídica queda confinada al espacio estructural de ciudadanía donde rige el derecho del Estado que con su omnipotencia y monopolio de la fuerza se puede imponer en lo que sea abarcado por su normatividad. Penetremos en ese espacio estructural para precisar hasta dónde estamos seguros.



C. Normatividad y juridicidad

(#8) Al decir que en cada uno de los espacios estructurales encontramos una normatividad propia, estamos dando cuenta de que las sociedades modernas se encuentran reguladas de manera compleja porque hay conjuntos normativos diferenciables según las especificidades reproductiva, productiva, distributiva, identitaria, etc. En cada uno de tales espacios relacionales operan instituciones en las que, como lo explica Foucault, no rige el sistema de derechos y garantías constitutivo del espacio ciudadano. Adherimos a lo propuesto y desarrollado en la obra de Boaventura de Sousa Santos, en el sentido de que son las específicas formas de poder las que se desenvuelven en las diversas instituciones propias de cada espacio, pero articuladas entre sí con una cierta centralidad de la normatividad jurídica estatal. El planteamiento de Santos nos parece comprensivo de lo que ocurre en las sociedades modernas aunque hacemos la salvedad de que, desde nuestro marco conceptual, en el modelo moderno la juridicidad sólo sería atribuible en espacio ciudadano. Mientras que la normatividad de los demás espacios, si se cumple con el monopolio del Estado en la fuerza organizada, no tendría la condición de jurídica. Entonces se hace necesario que en este punto precisemos el sentido en el que tomamos los conceptos de normatividad y juridicidad así como la diferencia que existe entre ellos y la manera como se relacionan entre sí.

¿Cómo podemos identificar las normas que existen en la familia, en el comercio, en la empresa, en la comunidad, en el espacio global? Mientras las normas ciudadanas cuentan con formalidades muy precisas para su producción (actores precisos, procedimientos, formas de las mismas) en la mayoría de los casos en los demás espacios estructurales se carecerá de las mismas condiciones de precisión. Requerimos de otros medios para aclarar las normas que rigen allí. El primero de ellos tiene que ver con los comportamientos que se producen en cada conjunto relacional. Muchos de ellos son



obligaciones que se derivan de decisiones que los propios sujetos obligados han tomado previamente como una cita, repartir el botín de un robo, reducir la oferta para elevar artificialmente los costos, asistir a las reuniones de un grupo. En estos casos las mismas personas habrán establecido la norma que están llamados a cumplir. También es posible que se produzca una regla por la decisión unilateral de un actor con capacidad de imponerse a otros como el horario de atención en una entidad, la hora de llegada de los hijos a la casa, la calidad de los productos que se esperan del proveedor. Dentro de esta categoría, en principio se ubican las normas jurídicas de tradición continental en donde son actos del Estado los que establecen sus normas. Todas estas normas sean de consenso o de mandato, son identificables porque se derivan de una declaración de voluntad que podrá ser reconocida si se precisa el acto en que se produjo.

Sin embargo, la mayor parte de los comportamientos se sustentan en normas que no tienen como origen una declaración de voluntad reconocible de manera directa sino que las personas se comportan de acuerdo con ella por repetición social. Son las costumbres que Weber define como: “la probabilidad de una regularidad en la conducta” determinada por el “ejercicio de hecho” (Weber, 1984, p. 23). Carbonnier, a partir de la tradición norteamericana, diferencia dos tipos de costumbres:: (i) *folkways*: son usos diarios, hábitos sociales de un grupo, de un país, de una colectividad, es decir que trascienden los hábitos particulares de un individuo, en los cuales se da la vida cotidiana, como el saludo, las formas del vestido, el orden de las comidas y de los platos, etc. (ii) *mores*, cuya violación puede causar un impacto en intereses de terceros y por eso se hace más grave. Como ocurre con la promesa de matrimonio (Carbonnier, 1982, pp. 99-101). La mayor parte de nuestros comportamientos, incluso los que se derivan de declaraciones de voluntad se sustentan en costumbre. Como las decisiones sobre horas o días laborables, la promesa matrimonial, las obligaciones en un contrato, la función del presidente en una organización, etc. Las costumbres son la base de la normatividad social. Si decimos que en todos los espacios estructurales la mayor parte de los comportamientos se rigen por normas, hemos de decir que la costumbre es el tipo de normas con mayor capacidad de orientarlos. Como veremos, incluso las normas



derivadas de acuerdos o mandatos llegan a institucionalizarse cuando logran convertirse en costumbre. Las costumbres constituyen el factor más poderoso de regularización de los comportamientos en una familia, en una fábrica, en el sector de los negocios, en un vecindario e incluso, cuando las reglas del Estado se han convertido en costumbre alcanzan su mayor potencial normativo.

Obviamente, las normas pueden ser cumplidas o no. Una persona se comporta de manera acorde con la norma por al menos una de estas tres razones: le parece correcta, le conviene o le es obligatoria. Con lo cual hemos de decir que en cada espacio estructural podrían encontrarse normas morales, de conveniencia y obligatorias. Las normas morales puramente morales son aquellas cuyo cumplimiento o incumplimiento sólo repercute en el fuero interno del actor. Las normas de conveniencia son definidas por Kelsen como aquellas que las personas acatan porque hacerlo les reporta un beneficio y por ello las llama de motivación directa. Mientras que las obligatorias serían aquellas que tienen la motivación indirecta de la sanción, o sea que lo que motiva a cumplir es librarse de la posibilidad de recibir un castigo. Aunque en una regulación eficaz tienden a coincidir las tres motivaciones, contemporáneamente se sostiene que la principal de las tres es la de conveniencia porque, las personas al decidir su comportamiento harán una “elección racional” entre cumplir o no hacerlo, teniendo en cuenta incluso si es mayor el beneficio que la sanción que podría sobrevenir de una norma obligatoria³¹. Hipotéticamente lo que debiera ocurrir es que acatar la regla obligatoria sea al mismo

³¹ Weber sustenta la motivación por conveniencia así: “Numerosas regularidades muy visibles en el desarrollo de la acción social (...) descansan en que el modo de actuar de los partícipes, corresponde por naturaleza en su término medio y de la mejor manera posible a sus intereses normales subjetivamente apreciados, orientando su acción precisamente por esa opinión y conocimientos subjetivos; por ejemplo, las regularidades de la formación de precios del mercado” (1984, p. 24). Por su parte, sustentado en su argumento de la “elección racional” que fundamenta las conductas económicas de los individuos, Jon Elster propone que los comportamientos se deciden en una relación costo-beneficio, enmarcado dentro de las normas sociales: “Una división recurrente en ciencias sociales se hace entre *homoeconomicus* (racionalidad instrumental, busca recompensas) y *homo sociologicus* (normas sociales, es empujado por fuerzas casi inerciales). El primero es rueda suelta y el segundo, sin voluntad propia, para sacar adelante sus intereses” (2001, p. 63).



tiempo lo más conveniente. Si lo común es que se siga una norma, quien opta por salirse de la norma tendería a tener dificultades. Muchas veces las personas habrían de acatar una regla porque sería lo que generaría más comodidad. Los tres tipos de normas suelen estar relacionadas y se complementan entre sí en un orden social³².

Así, en orden a nuestro planteamiento, más allá de que en cada uno de los espacios estructurales haya normas morales, de conveniencia y obligatorias son las pulsiones del deber, el beneficio y el temor a la sanción combinadas las que orientan los comportamientos. Por ejemplo, al decidir empacar los frutos con una misma calidad el productor posiblemente evaluará las siguientes razones: (i) no quiere ser deshonesto poniendo los mejores a la vista; (ii) es mejor que el cliente reciba lo que se le ofrece si se quiere una clientela a largo plazo y; (iii) si el cliente ve que los frutos menos visibles son de menor calidad, puede tomar alguna represalia. En muchos casos, los comportamientos acordes con la norma obedecen a la confluencia de las tres motivaciones.

Queda claro que en todos los espacios estructurales, en la mayor parte de los casos, se cumplen normas sin la motivación de la sanción. Pero también debe ser claro que es muy difícil entender que sus formas de poder y sus instituciones estén exentas de la fuerza. Por el contrario, hemos señalado como en las sociedades occidentales, la coacción vertebrada el paradigma del orden social (#2, #5)³³. Se parte de la base de que la eficacia de las normas depende en última instancia de que su incumplimiento acarree sanción. La sanción se define como una técnica de orientación de los comportamientos según la cual quien se comporta desviadamente respecto de la norma autoriza que se le cause un daño

³² “Cada orden social se encuentra en alguna medida “sancionando” mediante la reacción específica de la comunidad frente a la conducta de sus miembros, conforme o contraria al orden” (Kelsen, 1995, p. 18).

³³ Son sanciones las diferentes formas de desaprobación que se tienen frente a una conducta y son las que garantizan la correspondencia entre deberes y derechos, que es el elemento que diferencia el derecho de otras formas de regulación (Gurvitch, 1945, pp. 216-218).



con legitimidad³⁴. Ese daño puede ser físico (en la persona o en sus bienes) pero también se pueden causar daños a la dignidad o al prestigio o a su esfera psíquica, etc. El daño puede causarse sobre algo que ya se tenga o algo que se espera tener. La fuerza puede ser presente pero principalmente se usa como amenaza, como un hecho que sobrevendrá en caso de que haya resistencia del destinatario (Gurvitch, 1945, p. 117) (Carbonnier, 1982, p. 106). El daño puede ser moral, simbólico o material. Será moral o psíquico cuando el daño consiste en la generación de un sentimiento negativo (aflicción, depresión, angustia, miedo, etc.) en el sancionado. Será simbólico cuando la sanción se concrete en que se cause un daño en la posición social (se menoscabe el buen nombre, se prive de un título o una membresía, se excomulgue, se reporte como deudor moroso, se declare persona no grata, se quita la visa, etc.). Hay dos tipos de sanción material: patrimonial, cuando afecte los recursos económicos del sancionado (una multa, el incendio de la casa, el embargo) y; corporal, cuando deteriore la integridad del mismo (un golpe, una amputación) o el bienestar (la cárcel, un grillo, trabajo obligatorio).

Siendo que existe una gama tan amplia de sanciones posibles se requiere de factores de orden social y cultural y social para tener algún nivel de previsibilidad sobre la sanción social que puede haber ante una conducta desviada. Por ejemplo, la sanción social por consumir marihuana en los pueblos tradicionales colombianos suele ser mucho más drástica que en una universidad capitalina. Pero quien infringe una norma, se expone a recibir una variedad de sanciones o no recibir ninguna de uno o de muchos de los que se sientan autorizados a sancionar. Sigamos con el ejemplo: si una persona se dispone a fumar marihuana a la vista de los asistentes a un evento, nadie, cualquiera o todos podrán aplicarle una sanción moral, simbólica o material. En tales casos no habrá previsibilidad sobre quién sancionará ni cómo lo hará. En el otro extremo podríamos ponernos ante el evento, hace unos lustros cuando era perseguible penalmente, de un

³⁴ “El acto coercitivo es del mismo tipo que el acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales; que la sanción contra la conducta socialmente perjudicial es también una conducta de este tipo” (Kelsen, 1992, p. 159).



juez que dirige un proceso penal contra una persona acusada de consumo del alucinógeno. Era previsible que él fuera el encargado de establecerle la sanción y la sanción sería aplicable a través de un procedimiento también establecido en una ley dentro de un margen establecido en otra.

En cada uno de los espacios estructurales las costumbres serán el basamento material de la normatividad que se puede producir por acuerdos o por decisiones de actores autorizados. Las normas se acatarán por corrección, por conveniencia o por obligación. Si bien, muchas de las normas de cualquiera de esos conjuntos relacionales son obligatorias porque pueden derivar en una sanción no es claro a quién corresponde ni cómo corresponde sancionar. Dentro de esta diversidad de normas ¿cuáles serían jurídicas y cuáles no? ¿Es la relación con el Estado lo que diferencia a una norma jurídica de la que no lo es? Dentro del contexto de esta obra, sin pretender extendernos en un debate que la desborda, intentaremos delimitar el marco conceptual a fin de entender el alcance de las normas que se implican en las diferentes dinámicas de administración de justicia y gestión de conflictos que son objeto de análisis.

(#9) Para ello, ocuparemos las próximas páginas a deslindar, desde nuestro punto de vista, los conceptos de normatividad y juridicidad. En primer lugar precisaremos nuestro entendimiento del derecho. ¿Por qué es relevante este intento aquí? En otros estudios puede obedecer a un interés muy abstracto, con mínimos vínculos con la realidad concreta. Ello sería así si el alcance de nuestro trabajo se limitara a la normatividad que se hace visible en los procesos judiciales. En tales casos, la precisión de lo que es jurídico no tiene repercusiones prácticas dado que la normativa no es otra que la jurídica y es relativamente fácil de reconocer por una serie de marcas que le hacen inconfundible: es escrito, suele estar recogido en ciertas publicaciones que le dan el *status* de jurídico (como el diario oficial), es producida por entidades reconocidas como “creadoras” del derecho (Carbonnier, 1982, pp. 101-106). En ese contexto, por tanto, no queda mucho espacio para la duda sobre si una norma es o no jurídica.



No obstante, es fundamental disponer de un criterio para caracterizar normas que sin esas marcas regulan muy buena parte de la realidad. Bien porque se dan en espacios estructurales de regulación, diferentes a los del Estado, bien porque se producen por fuera de las estructuras regulatorias de las sociedades modernas. Sustentaremos los siguientes asertos que desde nuestro enfoque contribuyen a caracterizar lo jurídico: (i) Una norma jurídica se diferencia de otras por su obligatoriedad; (ii) lo que caracteriza la obligatoriedad de la norma jurídica es la fuerza organizada; (iii) la judiciabilidad es indispensable para hablar de la organización de la fuerza; (iv) la fuerza puede estar organizada por fuera del Estado y por tanto las sociedades pueden contar con más de un sistema jurídico; (v) en las sociedades centrales actualmente tiende a incrementarse la pluralidad jurídica.

Como venimos diciendo, en las sociedades modernas, los comportamientos que acatan las normas suelen ser voluntarios aunque en muchos casos pueden ser impuestos mediante la coacción externa³⁵. Para que una norma sea jurídica, debe tener obligatoriedad. Es decir, que orienta los comportamientos mediante diferentes formas de desaprobación que se tienen frente a una conducta y son las que garantizan la correspondencia entre deberes y derechos, que es el elemento que diferencia el derecho de otras formas de regulación. (Gurvitch, 1945, pp. 216-218). Es decir que, en caso de no ser su voluntad, el comportamiento se le puede imponer legítimamente por la fuerza³⁶. La fuerza jurídica se ejerce de varias maneras: para constreñir a quienes no hacen lo que deben hacer, impedir que hagan lo que no deben, sustituir a quienes no hacen lo que

³⁵ “Aunque su ejecución concreta no requiere necesariamente la coacción externa, el derecho admite la posibilidad de ser acompañado por la coacción, mientras que los requerimientos estéticos y morales excluyen la posibilidad de su ejecución por esta coacción y los mandamientos religiosos y educacionales excluyen la posibilidad de que tenga carácter concreto y fijo” (Gurvitch, 1945, p. 65)

³⁶ El Derecho se definiría como “La técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario” (Kelsen, 1995, p. 22).



deben o hacen lo que no deben y castigar a quienes no han hecho lo que debieran. Lo esencial es que la norma jurídica autoriza a forzar a los sujetos para que cumplan³⁷.

Esto no significa que el derecho sólo sea obligatoriedad. Si decimos que las normas jurídicas son obligatorias no significa que desconozcamos que el derecho no se define de manera exclusiva por el recurso de la fuerza, ya que no existe ninguna manera de que el poder social sea ejercido si no se cuenta con el consenso o la adhesión espontánea de la mayoría (Gurvitch, 1945, pp. 58 y 63). Santos, al definir el derecho da cuenta de que este, además de la violencia, requiere de la burocracia y la retórica. Mientras que el componente de la violencia moviliza la fuerza, el componente burocrático moviliza “procedimientos regularizados y estándares demostrativos” y el componente retórico moviliza “secuencias y artefactos verbales y no verbales” para persuadir (Santos, 2009a, p. 57). La violencia es un componente esencial pero no el único.

Decimos también que la obligatoriedad de una norma no la convierte, de suyo, en jurídica. Porque puede haber comportamientos obligatorios que no lo sean jurídicamente. Max Weber se refería a normas obligatorias que no son derecho y las denominaba convenciones a normas cuyo incumplimiento origina desaprobación en el grupo humano en la que se da pero no tienen naturaleza jurídica porque la sanción es imprecisa. Aunque las sanciones que imponen este tipo de normas, pueden ser una costumbre³⁸ o un acuerdo convencional, suelen ser efectivas y a veces tienen más fuerza que la sanción jurídica, no tienen previsibilidad. Se trata de una garantía externa pero sin

³⁷ Entonces puede hablarse de la fuerza como coacción y de la fuerza como sanción. Se habla de sanción como la respuesta de fuerza a un comportamiento desviado. Se habla de coacción como la posibilidad de imponer un comportamiento previsto en una norma o devolviendo las cosas a su estado anterior (Carbonnier, 1982, p. 108).

³⁸ “Convención debe llamarse a la ‘costumbre’ que, dentro de un círculo de hombres, se considera como válida y que está garantizada por la reprobación de la conducta discordante. En contraposición al derecho (en el sentido que usamos esta palabra) falta el cuadro de personas especialmente dedicadas a imponer su cumplimiento” (Weber, 1984, pp. 27-28).



un órgano encargado de la coacción, ni un procedimiento para aplicarla, ni previsión cualitativa y cuantitativa sobre la sanción que puede aplicarse en caso de violación. En tales casos no se tratará de normas jurídicas. Para que sean jurídicas se requiere que la garantía externa sea previsible.

Es precisamente en esa dirección que Kelsen señala que lo que caracteriza a una norma jurídica es que la sanción que se puede aplicar es organizada³⁹. El punto de partida para este planteamiento es su afirmación cardinal de que el derecho es organización de la violencia que establece como monopolio. En el orden jurídico, por regla general, se priva del uso de la fuerza a los individuos. Pero, en nombre de la comunidad se otorga a algunos la facultad de ejercerla contra otros, como sanción. Gracias a ello, si la norma es efectiva, se logra que los individuos ajusten sus comportamientos a los buscados por el orden jurídico o que, de no hacerlo, se le aplique la sanción que le corresponda. En la misma, Weber vincula el concepto de derecho al uso de la fuerza organizada (Fariñas, 1991, pp. 164, 171 y 173). Según su planteamiento, el orden jurídico se caracteriza por contar con un aparato coactivo establecido con el fin de imponer su cumplimiento y castigar a quienes no lo cumplan. En tal sentido las normas del derecho se diferenciarían de las convencionales en que las primeras cuentan con un cuadro de individuos capaz de coaccionar según reglas reconocibles, mientras que la segunda se limita a la reprobación más o menos sensible. Para Weber la existencia de un aparato u órgano especializado en la aplicación de las sanciones es fundamental en la diferenciación de las normas jurídicas. No basta que las sanciones existan; es necesario que haya un órgano encargado de ejecutarlas.

Por lo dicho, las normas jurídicas se caracterizan por contar con la posibilidad de (i) sancionar (ii) organizadamente, pero sería necesario incluir otra nota para caracterizarlas. Boaventura de Sousa Santos, retoma y desarrolla el concepto planteando

³⁹ “El acto coercitivo es del mismo tipo que el acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales; que la sanción contra la conducta socialmente perjudicial es también una conducta de este tipo”. (Kelsen, 1992, p. 159).



en el monumental estudio intercultural del derecho que Herman Kantorowicz: el de la justiciabilidad. Tal concepto, si bien se puede haber planteado como sustitutivo, en nuestro sentir, desarrolla y precisa el sentido que tiene el concepto de fuerza organizada⁴⁰. Según ese planteamiento, para que haya derecho, se requiere que, en caso de conflicto, exista un tercero que intervenga imparcialmente, con relevancia sobre las partes y tome como referente la normatividad establecida para tramitarlo. (Santos, 1998b, p. 20)(2000, p. 169) (2009a, pp. 133 y ss), asigna importancia cardinal a la justiciabilidad como elemento caracterizador del derecho.

Para el profesor portugués, el derecho es un cuerpo de procedimientos regularizados y patrones de conducta que se consideran exigibles ante un tercero que imparte justicia mediante el cual se previene y resuelven los conflictos en el seno de un grupo social. Y es precisamente mediante la intervención de ese tercero que se realiza el derecho mediante sus tres componentes estructurales: La dimensión coercitiva del discurso jurídico se funda sobre la capacidad de amenaza con (Kantorowicz, 1994) que cuentan los operadores de justicia. Puede definirse como el componente represivo que se dirige al conjunto de la sociedad, aunque de manera inmediata sólo tiene por destinatarias a las partes implicadas en un conflicto. La dimensión retórica del discurso jurídico se asienta sobre la capacidad de adhesión voluntaria con la que trabajan los OJ. Tiene como finalidad inmediata la persuasión de los implicados pero, de manera mediata, tiende a la reconstrucción permanente del consenso social. La dimensión burocrática del discurso jurídico se estructura sobre una organización de competencias y

⁴⁰ Nos referimos a lo que Carbonnier, también a partir de Kantorowicz, sugiere de la justiciabilidad como elemento caracterizador del derecho. Muestra la existencia de sociedades “arcaicas” en las que las reglas no se imponen por la fuerza sino como paz y equilibrio, que se producen mediante la conciliación y la reconciliación. Según el profesor francés, puede ser muy ambiguo calificar lo jurídico a través de la sanción a la transgresión, lo cual lleva a decir que la norma puede ser trasgredida y luego puede no llegar a ser sancionada. Entonces propone, además del criterio de la coacción, el de la justiciabilidad que convierte en jurídicas únicamente las normas que pueden dar lugar a un juicio. Entendiendo juicio como un procedimiento que plantea un debate ante un tercer personaje con capacidad de decisión (Carbonnier, 1982, p. 123).



de técnicas de demostración con lo que se busca de manera inmediata, -producir decisiones a través de unos procedimientos- pero también, de manera mediata, producir un efecto de organización y racionalización de la sociedad.

(#10) Con ese marco, sin perjuicio de lo que desarrollaremos en el Capítulo Segundo (#29, #36), llegamos al punto sobre la relación entre Derecho y Estado. Frente a la pregunta de si un grupo humano sin Estado puede producir Derecho, hemos de decir que sí, siempre y cuando produzca normas que puedan imponerse por la fuerza organizada mediante un sistema de justiciabilidad. En esa dirección hay una tradición académica de más de un siglo que sustenta la existencia de ordenamientos jurídicos extraestatales en diferentes situaciones y zonas del planeta (Wolkmer, 1994) (Merry, 2003) (Ariza & Bonilla, 2007) y del que hemos dado alguna cuenta, que por razones de espacio no vamos a reproducir aquí (Ardila, 2002a). Por ahora simplemente nos referimos al argumento contundente de Óscar Correas que rebate con suficiencia la insistencia de Kelsen en ligar el derecho al Estado al formular una teoría pluralista del derecho, exigiendo consecuencia al pensamiento del propio profesor austriaco.

Correas parte en su planteamiento sobre el pluralismo jurídico de una crítica del concepto kelseniano de soberanía, que lo presenta como la base de un análisis 'objetivo del derecho' y en ese análisis no cabe la posibilidad de reconocer la existencia de diferentes órdenes jurídicos dentro del mismo territorio. Según el profesor argentino, el Estado heredero del rey, impuso el principio de que todos los poderes se le someten en su territorio y el soberano pretendió que el sólo podría producir normas. Pero la realidad no fue esa.

Correas señala que en todas las sociedades modernas coexisten diferentes sistemas jurídicos y dentro de un mismo territorio puede haber varios sistemas jurídicos con diferente grado de hegemonía, como sería el caso del derecho indígena en los países latinoamericanos. Se pregunta por qué no habrían de ser derecho sus estructuras normativas, si reunían todas las características para serlo en la propuesta del profesor austriaco. Se trata de diferentes sistemas jurídicos con diferente nivel de prestigio y de



hegemonía en un mismo territorio. Y en ese orden de ideas, del mismo modo que habría pluralismo jurídico habría pluralismo estatal, si asumimos que derecho y Estado son conceptos idénticos en el planteamiento kelseniano (Correas, 1994a, pp. 28 y ss).

Entonces, recogiendo lo planteado en este acápite y vinculándolo con el conjunto del trabajo, para hacer una lectura de la manera como se relaciona lo normativo y lo jurídico en las sociedades modernas, en relación con el ámbito de análisis aquí formulado, proponemos los siguientes elementos⁴¹: (i) En todos los espacios estructurales existen normatividades específicas, muchas de ellas convertidas en costumbres, que se acatan por conveniencia o por obligación; (ii) dado que el Estado ostenta el monopolio de la fuerza organizada, las normas jurídicas relacionadas con todos los espacios estructurales, son normas del espacio ciudadano como derecho de familia, derecho del trabajo, derecho mercantil, etc.; (iii) como lo veremos en las siguientes secciones, la normatividad propia de cada espacio actúa de manera directa sobre los comportamientos y sobre la conflictividad mientras que las normas del espacio ciudadano entran a actuar de manera subsidiaria o complementaria cuando son desbordados; (iv) como lo veremos en el Capítulo Segundo, la definición territorial del derecho ciudadano es esencialmente teórica y es posible que existan “territorios”, estableciendo órdenes extraestatales, de otros sistemas jurídicos dentro del territorio nacional del Estado; (v) Todo lo dicho hasta aquí, como lo veremos en el Capítulo Tercero, caracterizaría la etapa del Estado y el Derecho moderno que se ha llamado del capitalismo organizado en la cual se logró el sistema de dominio estatal y la centralidad del derecho ciudadano.

⁴¹El planteamiento teórico sobre el derecho y la normatividad que ha venido desarrollando Boaventura de Sousa Santos a través de una obra de varias décadas se puede encontrar condensada en el segundo capítulo de una publicación reciente en español “Sociología Jurídica Crítica”. En este acápite y en la sección tercera del segundo capítulo desarrollamos nuestra visión sobre el problema de la administración de justicia que puede tener por vértice esta idea: “El concepto de derecho propuesto por parte de la teoría política liberal –la ecuación entre la nación, el Estado y el derecho- y elaborado por el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX es demasiado reductor para nuestros propósitos porque tan sólo reconoce una de las escalas: la nacional”: (Santos, 2009a, p. 54)



Sin embargo, hoy estamos en una nueva etapa de la modernidad que se llama de capitalismo desorganizado (Santos, 2001, p. 96 y ss) en la cual cada uno de los espacios estructurales desarrollan su propia juridicidad de manera autónoma y competitiva con la estatal. Presentándose una situación de pluralidad jurídica en la que el derecho nacional del Estado está siendo socavado por la emergencia de estructuras normativas transnacionales y subnacionales producidas en los diferentes espacios estructurales sin centralidad del espacio ciudadano y muchas veces sin coordinación con el que vienen regulando los diferentes espacios estructurales, sin pasar por el espacio ciudadano expresándose de manera creciente las áreas que llamamos de caos (#49).

D. Regulación e institucionalización del conflicto

(#11) El estudio de los conflictos como fenómeno de la sociedad es relativamente reciente. Hace una centuria, George Simmel (2000) hizo un esfuerzo precursor en la polemología que apenas se extiende en el mundo académico hacia la segunda mitad del siglo pasado, a partir de los desarrollos críticos que le hizo Lewis Coser y a los que nos referiremos aquí⁴². El sistema judicial, entronizado desde comienzos de la modernidad

⁴²Hace unos cincuenta años se identificaban entre los polemólogos, acerca de la esencia del conflicto, tres grandes tendencias: dos objetivistas y una subjetivista. La primera de ellas propone que un conflicto es el antagonismo entre los intereses dos o más personas o grupos. Un conflicto se presenta cuando alguien tiene un interés que sólo puede realizar a costa del de otro (Curle, 1978, p. 15). La segunda corriente objetivista postula las conductas recíprocas de menoscabo que se infringen quienes están en un conflicto (Dahrendorf, 1994) Mientras que, la corriente subjetivista, sustenta que el conflicto es la conciencia que tienen las partes de su incompatibilidad, sea real o no (Boulding, 1962, p. 5). Las tres tendencias convergen dando cuenta de que, en realidad un conflicto comporta tanto intereses contrarios, como conductas conflictivas y la idea de que se está en él. Por ejemplo para M. H. Ross (1995, p. 38) un conflicto es una incompatibilidad de intereses o metas en cuanto a la distribución de bienes materiales o simbólicos, importando tanto lo conductual como lo perceptual. Ross subraya la determinación



como el sistema principal de intervención en los conflictos sociales, apenas hace unas décadas ha sido objeto de análisis en cuanto a la manera en que actúa sobre la conflictividad. Ya se han identificado alcances y limitaciones en cuanto a la gestión que hacen los jueces y otros operadores con el mismo método que nos permiten ubicar problemas para los intereses (y los derechos) y nos exigen avistar alternativas.

Como lo plantea Ferrari (1989, pp. 172-196), el conflicto puede ser analizado de dos maneras: de manera diacrónica (como proceso) y sincrónica (como estructura). En primer lugar, el conflicto, visto de manera diacrónica, es un proceso que se da independientemente de la intervención judicial y, en caso de darse ésta, antecede y sucede a su tratamiento por tales operadores. Quiere decir esto que el conflicto, como antagonismo de intereses, existe en buena parte de los casos, independientemente de un momento en el que cobra forma jurídica en tanto al menos uno de los intereses tiene, o presume, el amparo del orden jurídico. En tal caso, la confrontación se desplaza al campo del derecho bien como escenario argumentativo (dentro o fuera de un trámite judicial) o bien como estructura orgánica (judicial) que decidirá y se impondrá con la fuerza del estado. Habrá casos en los que el conflicto se agote en el momento caracterizadamente jurídico. El caso típico, un problema por el crédito entre un cliente y su banco⁴³.

Pero también ocurre que muchos conflictos que en algún momento entran en los terrenos del derecho tienden a continuar aun cuando esa fase se agote. Es lo que ocurre

cultural de los aspectos objetivos y el subjetivo: “Las interpretaciones psico-culturales –una clase de mecanismo muy distinta a la de los intereses- une la acción del individuo a la del grupo y lo hace en primer lugar configurando percepciones y los marcos de referencia que la comunidad comparte y luego mediante la dirección de la acción colectiva. Las interpretaciones psico-culturales son importantes toda vez que los seres humanos no actúan mecánicamente (...) Las raíces de esos mecanismos se encuentran en las relaciones sociales de las primeras etapas de la vida que es cuando se desarrollan los patrones que más tarde sirven para las relaciones con la autoridad y con las demás personas, así como para hacer frente a los conflictos.” (Ross, 1995, p. 51)

⁴³ Algo diferente ocurrirá cuando el deudor tenga algún poder especial sobre el banco: “si le debes un millón de dólares a un banco, estás en sus manos; si lo que le debes es mil millones, es el banco el que está en las tuyas”.



en muchos casos en los cuales la relación es sustancialmente más amplia que el conflicto (como son los pleitos de alimentos entre cónyuges separados) o el objeto de conflicto trasciende ampliamente a la dimensión jurídica del mismo (como ocurre en los conflictos laborales entre patronos y trabajadores). En tales casos, la intervención del derecho no define el conflicto. Lo cierto es que se causa un efecto que puede ser mayor o menor, según sea el conflicto del que se trate, pero el conflicto continuará mientras los otros factores sigan determinando el conflicto.

En principio un conflicto tiene reglas. Una disputa absolutamente desregulada es hipotéticamente posible pero es muy improbable que se verifique. La nula regulación se puede concebir como la competencia entre dos actores que tengan objetivos incompatibles y no compartan valores, ni puedan comunicarse en la misma lengua y no hayan compartido una experiencia previa. Eso es muy poco probable. En el otro extremo estaría la máxima regulación que se presentaría de tal modo en que las partes, encauzadas por las normas, gestionan de un modo tan apacible sus intereses que ni notan que hay conflicto (Kriesberg, 1973, p. 140). Entre los dos extremos tenemos un mayor o un menor nivel de regulación. Las sociedades, en general, le han apuntado a niveles intermedios que establecen dos tipos de reglas: (i) hasta dónde se permite el daño mutuo y (ii) bajo cuál evento o circunstancia el conflicto se considera zanjado y, en consecuencia, han de cesar las acciones hostiles.

Pero no siempre la regulación alcanza los mejores niveles deseables. Como lo señalamos arriba, por lo general, las normas sociales y culturales determinan al menos sobre qué hay conflicto, entre quiénes se dan y cómo corresponde comportarse. Las guerras internacionales sólo han ido acumulando regulación con el paso de los siglos y sólo en el último se han ido estableciendo reglas que las potencias difícilmente afirmarían no respetar. Lo mismo pasa con muchos otros conflictos. Las reglas buscan contrarrestar los impactos negativos que pueden tener más allá de las partes y permitir que el colectivo y aún las propias partes, puedan avanzar en lugar de seguir desgastándose. “El grado de regulación de un conflicto puede variar, pero los aspectos



disfuncionales de este tienden siempre a minimizarse mediante la canalización de la conducta por vías controlables” (Nader, 1977, p. 21).

Las riñas vecinales muchas veces tienen por objeto poner fin a un conflicto sobre la base de la determinación de quién es el más fuerte. Un sistema que posiblemente pone límites al daño mutuo pero puede ser poco eficaz para dar por terminado el conflicto en la medida en que no pueda preverse el evento en el que se dará por concluido. Algo similar ocurre con las normas de la guerra, que definen cuáles comportamientos son aceptables y los daños que se consideran legítimos, pero no hay normas para que la guerra se considere concluida. Porque es posible que no sea “(...) fácil evaluar la fuerza respectiva, de modo tal que el perdedor puede, de hecho, no admitir que ha perdido, o incluso es probable que no sea consciente de su derrota” (Coser, 1970, p. 45). Es mayor el nivel de regulación en los duelos de caballeros tan frecuentes en la literatura de los albores de la modernidad. En ellos se contaba con dispositivos dirigidos a definir el vencedor y la disputa tendría mayor posibilidad de concluirse. La regulación alcanza niveles aceptables en la mayoría de las comunidades cuando se cuenta con mecanismos que permitan la claridad suficiente sobre cómo se decide el conflicto y, cuando sea el caso, el vencido reconozca que lo es.

Si las reglas definen el cauce mediante el cual las acciones se conducen hacia la determinación de una salida aceptable para el conflicto, diremos que ese conflicto tiene una regulación para su gestión. Entonces, las partes están llamadas a asumir un sistema normativo que cuenta con pautas de comportamiento encaminadas a la decisión del conflicto, establecida sobre la base de un sistema de valores compartido y prefigurando las etapas en las que se produce el trámite (North, R, 1974, p. 13). Así en el duelo de caballeros, hay unas reglas para acudir al procedimiento y formular el conflicto a resolver (por ejemplo tirar el guante y recogerlo), para el enfrentamiento (el uso de ciertas armas, la intensidad y la calidad de las agresiones, presencia de padrinos) y para decidir. Hay unos valores compartidos (el honor, lo varonil, la palabra empeñada). En otros sistemas la regulación es mayor. Por ejemplo, los comités paritarios, los tribunales



de arbitramento y la huelga en la gestión de conflictos laborales; las oficinas de quejas y los defensores del cliente en asuntos de consumo; los comités de convivencia en los vecindarios; las juntas de sociedades anónimas; las mesas de concertación frente a eventos de movilización social. En todos ellos existen normas mediante las cuales se canalizan los conflictos hacia la toma de decisiones que permitan superarlos.

Llamaremos institucionalidad aquí a la existencia de normas de procedimiento establecidas y aceptadas por las partes en tanto cuentan con integración suficiente para compartir presupuestos sobre cómo manejar el conflicto. Pero también esa integración puede ser la consecuencia de acuerdos (North, 1974, p. 14). En realidad, lo que suele haber es una mezcla entre la voluntad de las partes y lo establecido, entre la decisión de los implicados y las instituciones accesibles. La regulación para la gestión de los conflictos podrá depender tanto de los acuerdos que llegan a construir las partes como de la institucionalidad establecida. En el caso de la negociación de un conflicto armado y sobre todo su terminación es especialmente complejo avanzar porque la institucionalidad para ponerle fin tiende a ser muy precaria desde antes de las acciones bélicas y se deteriora más por ellas. En el caso del duelo de caballeros tiene que caer un guante y debe ser recogido para que el procedimiento se ponga en marcha. Sin ese procedimiento la dinámica del conflicto podría tender a la escalada y los daños podrían ser mucho mayores⁴⁴. La institucionalidad lo que hace es poner normas que establezcan límites a las acciones mutuas de menoscabo y unos criterios para determinar cómo termina el conflicto y su gestión.

Como hipótesis de trabajo puede decirse que, en cada uno de los espacios estructurales propuestos por Boaventura de Sousa Santos tenderán a operar las instituciones propias de cada una de ellos y que sólo en dinámicas de crisis o de ruptura

⁴⁴ Por supuesto que cabría el recurso de la negociación. Pero, es posible que los costos morales (honor), simbólicos (honra) y hasta materiales (concesiones) de poner en marcha una negociación no fueran asumidos por las partes, dado el contexto en el que se presentaba esta situación.



intervienen las de otro espacio estructural y, entre estos, el SJ estatal. En los conflictos mercantiles, los comerciantes entre sí y los consumidores priorizarán las reglas de oferta y demanda, procurando mantener o afianzar la clientela a través de sus instituciones. En el espacio laboral, instituciones de relaciones de personal o recursos humanos y los comités paritarios propenderán en la gestión de controversias por la productividad y la eficiencia en los procesos de trabajo. En el espacio comunitario, los conflictos se tramitan desde las autoridades tradicionales, eclesiales y locales para reproducir la solidaridad entre quienes pertenecen a lo mismo. En la familia se manejan desde la lógica de la autoridad paternal (crecientemente transformada por la reorganización de los géneros) en el ámbito doméstico. En estos conflictos se propenderá por la unidad familiar y la afectividad.

Si cada espacio estructural regula sus propios conflictos, entonces cabe preguntarse si es posible que las reglas y las instituciones de un espacio entren a regular los de otros. Y la respuesta es contundente, no sólo para el espacio ciudadano hay interpenetración. Instituciones comunitarias, como las eclesiásticas o en menor medida las vecinales, pueden intervenir en conflictos familiares, productivos y mercantiles. Instituciones domésticas, como la autoridad paternal o maternal, pueden intervenir en conflictos empresariales o comunitarios, dado que la mayor parte de las sociedades capitalistas son controladas unifamiliarmente y muchas autoridades se relacionan entre sí por vínculos parentales. Reglas patriarcales ubicadas en el espacio doméstico (inicialmente) entran a interpenetrarse en los otros espacios. Por ejemplo, el deber, las capacidades y los roles de cuidado atribuido principalmente a las mujeres se reproduce en el espacio productivo (las mujeres asumen oficios relacionados con el cuidado como profesoras o enfermeras) y en el espacio comunitario (asumen labores como madres comunitarias o secretarias –encargadas de la logística- que en ocasiones no ocupan de cargos de decisión dentro de las instituciones pues se considera que no cuentan con capacidades para ello). Es de suponerse que cualquiera de esas estructuras normativas regula las relaciones políticas como quiera que muy buena parte de los dirigentes políticos estén vinculado entre sí por una identidad comunitaria (una iglesia, un colegio



de secundaria⁴⁵), una empresa o grupo empresarial (petróleo, financiero), una familia (políticos, hijos de políticos).

Dada la centralidad adquirida por el espacio de ciudadanía, que es donde Santos ubica el derecho estatal, debe decirse que hay una vocación de intervención de sus instituciones, en los otros espacios estructurales en la modernidad. Las normas jurídicas que existen para los otros cinco espacios teóricamente reflejan las normas propias de ellos y, cuando fuera pertinente, establecen complementos para la acción del estado en los ámbitos sociales propios de esos espacios⁴⁶: por ejemplo el Estado tiene entidades y mecanismos para garantizar la competencia y el funcionamiento del mercado; para facilitar la reproducción de la fuerza de trabajo mediante la educación, la seguridad social pública; y garantizar la oferta de servicios a la familia; etc. En principio, en un contexto cultural como el de los países centrales la actuación estatal en todos los escenarios es de esperarse que sea de armonía y complemento.

No siempre ocurre lo mismo con la institucionalidad del espacio ciudadano. Cuando el aparato judicial interviene en otros espacios, no sólo desplaza la institucionalidad propia de estos, sino que tiende a ser incompatible con las relaciones que están en la base de los otros espacios de regulación:: cuando interviene el juez de

⁴⁵Es conocido que un alto porcentaje de los presidentes de Estados Unidos es egresado del mismo colegio de secundaria y lo mismo ocurre en Colombia.

⁴⁶ El derecho estatal, como señala Ferrari: “Basta un examen, incluso superficial, de la bibliografía jurídica en cualquier sistema para constatar que es una ambición principalmente de todo ordenamiento jurídico el reconducir cualquier conflicto concebible a los propios esquemas normativos, predisponer los modelos aplicables a cualquier forma de lucha, incluso la más compleja, hasta la lucha colectiva entre grupos, etnias y clases sociales”. (Ferrari, 1989, p. 165). En una taxonomía muy compleja de la función jurídica, Bobbio (1990) cataloga el manejo de los conflictos como una de las funciones tradicionales del derecho, al lado de la evitación de las conductas desviadas. (Cárcova, 1988, p. 48). Por su parte Arnaud y Fariñas (1996, pp. 125 y ss.) la definen como una de las cinco funciones básicas admitidas por los estudiosos del derecho, al lado de la función de integración social, de orientación de los comportamientos, de legitimación del poder y la función promocional.



familia no hay relaciones de familia⁴⁷, cuando interviene el juez laboral no hay relaciones de trabajo, cuando interviene el juez mercantil puede que el cliente ya no lo sea. Se hace necesario entender cómo funcionan las instituciones judiciales para que se produzcan este tipo de impactos. Para ello vamos a acudir a la lente histórica, ir hasta sus raíces para precisar cómo se configuró y cuáles son sus matrices genéticas.

E. Convertir intereses en pretensiones: El efecto procusto

(#12) En la mitología griega hay un posadero llamado Procusto que forzaba a sus huéspedes a coincidir con el tamaño de las camas. Para lo cual, si les quedaban grandes, los estiraba aunque se descoyuntaran o les recortaba los pies, si les quedaban pequeñas. Con el proceso judicial ocurre algo similar. Los objetivos de las partes en los conflictos tienden a deformarse cuando se convierten en pretensiones ante un juez. Hemos dicho que el conflicto y sus objetivos se reconfiguran según la institución que lo regule. Para entender cómo se da la competencia en el ámbito judicial debemos analizar cuál es la manera en que una controversia puede entrar a ser regulada por el sistema judicial y cuáles son los objetivos que caben. Ello nos exige volver en unas líneas sobre el sentido que tiene la A de J en las sociedades modernas: la intervención en cada conflicto es una

⁴⁷ Quedando eso sí, toda la carga de las normas de parentesco. Allí las interacciones están mediadas por normas sociales que se muestran al desnudo como relaciones autoritarias y discriminatorias. Por ejemplo, cuando una mujer va a una Comisaría por ser víctima de violencia por parte de su ex esposo, efectivamente ya no existe la relación de pareja pero si continúan sucediendo interacciones, comportamientos o actos sociales en los que el hombre ejerce su dominación: la sigue maltratando, incurre en inasistencia alimentaria, insiste en que los miembros de su familia son su “propiedad”, etc. El parentesco mantiene sus reglas aunque la familia se haya desintegrado y transformado, por ejemplo, en una familia en la que la mujer es la cabeza del hogar (DBR & EAAA).



herramienta fundamental para que las sociedades establezcan y reproduzcan el orden. Y poner orden desde la lógica de espacio estructural de ciudadanía es hacer cumplir la ley del Estado mediante un proceso en el que el operador declara derechos y obligaciones correlativas. Las normas jurídicas serían el punto de partida y son también el punto de llegada de la actuación de y ante los jueces.

Al operador de justicia se le asigna el papel fundamental de decir el Derecho para cada caso particular. Nada más y nada menos: un juez obra demarcado por las leyes. De modo que si el actor decide que su conflicto tenga el trámite previsto en las normas procesales, lo que debe hacer es ajustar su interés a lo previsto en las leyes, de tal modo que, de salir victorioso, pueda movilizar su propio interés como realización del objetivo de integridad en el ordenamiento jurídico por el que habría de propugnar el operador judicial⁴⁸. Es decir, deberá demostrar que tiene un derecho y que su contraparte tiene una obligación correlativa para que el tercero, representante del Estado, condene a su adversario. El proceso llevará al juez a establecer si efectivamente existe base legal para obligar el comportamiento que se exige por parte del demandante. De ser así, le corresponde proferir la condena solicitada.

Precisemos entonces en qué consiste la obligatoriedad legal. Esencialmente, que las leyes del Estado, de manera conocida o no por los obligados⁴⁹, ordenan ciertos comportamientos: de manera positiva, exigiéndolos, o negativa, prohibiéndolos. Entre los primeros estaría por ejemplo alimentar a los hijos o pagar el triple por el trabajo dominical y en los segundos, matar o tener gestos discriminatorios con los demás. Estas son obligaciones que si dejaran de cumplirse podrían movilizar la acción coercitiva del Estado para hacerlas cumplir o castigar su incumplimiento. Siendo así, el conflicto para

⁴⁸La competencia jurídica es un poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico determinando los conflictos que merecen entrar en él y la *forma* específica que deben revestir para constituirse en debates propiamente jurídicos. (Bourdieu, 2000, p. 196).

⁴⁹Hemos visto más arriba y veremos más abajo que la mayor parte de las normas legales son desconocidas, aunque son obligatorias.



poder ser tramitado en el escenario judicial debe reducirse a una obligatoriedad legal y lo que se espera en el pronunciamiento del juez, aunque tenga cientos de folios, será en definitiva un par de líneas en las que se dirá si hay o no una norma jurídica que puede hacerse cumplir a una de las partes.

Los objetivos de las partes en el proceso se limitan entonces a procurar una decisión que pueda ser impuesta a la otra sustentada en su obligatoriedad legal. Es decir, cada parte se propondrá situar su propio interés, delimitado (y, seguramente, deformado) por una norma jurídica, como la realización del orden establecido en el derecho estatal. El proceso cabrá siempre que algún objetivo de las partes se presente como amparado por el derecho frente a otro que estaría haciendo lo que no se le permite u omitiendo lo que se le obliga. Entonces se demanda para exigir que se cumpla con la obligación a la que la parte que demanda tiene derecho. Hay muchos intereses que son amparados por una ley del Estado y efectivamente a los juzgados acuden personas que esperan que el órgano jurisdiccional les garantice sus derechos.

Pero el incumplimiento de normas jurídicas no es lo que generalmente hace que haya conflictos. En muchos conflictos no hay normas jurídicas violadas y muchos conflictos en los que puede haberlas, ellas no sintetizan el conflicto. Remo Entelman (2002, pp. 58 y ss.) muestra como la mayor parte de los asuntos de conflictos, y de las dimensiones de cada uno de ellos, se producen dentro de lo que no es obligatorio legalmente. Los intereses y los comportamientos que se pueden poner en juego son sólo aquellos que se establecen en la ley con la forma de derechos.

“(…) la acusación y la defensa deben colocarse en una de las categorías reconocidas de procedimiento que se han impuesto en el curso de la historia y que, a pesar de su nombre, se quedan muy limitadas y estereotipadas en relación a las acusaciones y defensas de la vida cotidiana (lo que hace que conflictos y argumentos de todas clases permanezcan de este lado de la ley, como demasiado triviales, o fuera de la ley, como exclusivamente morales). (Bourdieu, 2002, p. 192).



El conflicto complejo desaparece del escenario judicial o, si se acude a él, el resultado buscado puede ser completamente diferente a la solución de la controversia⁵⁰. La persona demandante podrá obtener la condena al pago de alimentos de su demandado pero la pugna por comportamientos o intereses similares o diferentes continúa. En su forma más descarnada, el SJ impone olvidarse del conflicto y ocuparse del imperio de la ley. De modo que la labor procesal de todos los actores se aleja de lo que pasa con las partes, de sus intereses, de la manera como siguen interactuando. El debate se ocupa de definir si en un momento pretérito se violó o no un mandato legal. Las dimensiones humanas de la situación desaparecen de manera mucho más visible cuando se trata de un asunto penal:

“La industria legal convierte la búsqueda de la justicia en un juego de detalles técnicos jugado entre abogados en la Corte. El enfoque central es que se ha violado una ley. Este mensaje no hace caso de las consideraciones y necesidades de la víctima, y tampoco hace caso de cualquier otra preocupación racional por la protección, rehabilitación y reconciliación final de la relación con la víctima o la comunidad”. (Consedine, 2002, p. 33-34)

Entonces, volvemos al principio: ¿la institución judicial regula el conflicto?? Diremos que muchas veces no. El proceso buscará condenar a quien no ha cumplido la ley. Eso puede coincidir con la regulación del conflicto pero, por lo dicho, no ocurrirá siempre. Al contrario, es posible que se agrave y que incluso sea negativo también para la parte que se declara vencedora o para terceros. Y es eso precisamente lo que tiende a ocurrir con ciertos procesos penales, por ejemplo dentro del espacio doméstico. Entonces, siendo la legalidad la característica que encumbra al sistema judicial como

⁵⁰ En asuntos de familia y en asuntos vecinales muchas veces se demanda como una forma de hostigamiento hacia el otro; como una forma de presión en una negociación extraprosesal; como expresión de una escalada en la que se actúa judicialmente como parte de la confrontación que se está dando en otros escenarios.



medio privilegiado de gestión de conflictos en las sociedades, esa es también su mayor limitante para obrar con calidad en la gestión de muchos de los conflictos específicos⁵¹.

F. ¿Qué tan segura es la seguridad jurídica?

(#13) ¿En qué medida, el derecho estatal da previsibilidad al común de los ciudadanos y ciudadanas? ¿En qué medida el aparato judicial hace efectivas las normas que la gente conoce? Es obvio que la mayoría desconoce la normatividad jurídica y, en consecuencia, no puede prever cómo actuaría el operador de justicia en frente de un caso. Aun cuando el conocimiento de la ley se presume, como una de las bases del orden social moderno, esa es quizás la ficción jurídica que tiene más evidencias en su contra. De hecho las leyes, por su abundancia, su forma de publicarse y su complejidad, no pueden ser conocidas por quien no hace parte de un círculo especializado dedicado a ello. Eso no significa que las personas quedan en el mundo de la incertidumbre o necesitan de un departamento jurídico como el que tienen las grandes empresas para su vida cotidiana, pero plantea otro pliegue en el sistema judicial de administración de justicia.

Las leyes se dirigen a los juristas para indicarles: (i) los límites entre los que los funcionarios deben enmarcar su actuación, en caso de un conflicto, (ii) y cómo se juridiza un conflicto para las partes y; (iii) el rumbo que el caso puede tomar si discurre por el

⁵¹Más adelante (# 24) veremos que frente a esta modalidad de gestión, que he llamado modelo imperatorio, en que la administración de justicia se reduce a buscar el imperio de la ley (Ardila, 2000), hay otras maneras de administración de justicia (reconocibles en la justicia comunitaria)) que llamamos modelo constructivo donde la operación se hace de manera compleja sobre el conflicto.



SJ⁵². Los destinatarios de las leyes son de un lado los reales actores procesales (juristas profesionales) y, del otro, los operadores de justicia como productores de regulación a través de la reglamentación de los comportamientos mediante sus decisiones. Son ellos quienes se benefician directamente del conocimiento de las normas jurídicas, cuyos efectos necesariamente no llegan en igual grado a la totalidad de las personas de una sociedad. A comienzos del siglo pasado, Max E. Mayer (2000) sostenía que las normas legales no se dirigen a orientar los comportamientos sino a limitar el arbitrio de los órganos del estado. El derecho estatal no orienta los comportamientos corrientes de las personas, en realidad guía a las partes enfrentadas a un trámite jurídico e impone a los funcionarios un rango dentro del cual sus actuaciones serán válidas ante el derecho.

Para Mayer (2000), no sería muy legítimo que en el orden moderno se juzgue a la gente según unas leyes que no conoce y no está obligado a conocer (no se puede exigir el imposible)⁵³. En tal caso, la única explicación que podría legitimar la obligatoriedad de las normas sería su correspondencia con las normas sociales o de la cultura (normas religiosas, morales, convencionales y de tráfico o profesión), que el individuo si conoce y

⁵² Basándonos en Capella (1997, pp. 153 y ss.) podríamos distinguir dos tipos de destinatarios de las normas legales: El jurista de Estado y el jurista de mercado. El jurista de mercado, que participa en la constitución de los capitales y en la realización del beneficio y su función, más allá de litigar, es la de proporcionar condiciones favorables a cada caso particular y su habilidad se mide no sólo por su conocimiento del discurso jurídico sino por su capacidad de articularlo a las condiciones específicas de los sectores económicos de sus clientes. El jurista de estado se constituye principalmente por los magistrados. A ellos corresponde avocar los conflictos que desbordan el campo de la acción autorregulativa de la esfera privada. Mientras las funciones del primero los pone al lado y en defensa de un interés particular, la función de éste es la garantía de la seguridad jurídica de la que hablamos. Se trata, en los términos planteados, de que el marco jurídico necesario para la libertad de mercado no deje de funcionar.

⁵³ Mayer (2000) explicaba el origen de la ficción del conocimiento de la ley proponiéndola como una respuesta a la necesidad surgida como consecuencia de la centralización de la administración de justicia que se hizo en la modernidad y no sería más que la transformación del juez-legislador medieval en una modalidad de legislador mediato que procura la coherencia en los referentes de gestión de conflictos. Se habría establecido un referente externo a los jueces para el manejo de los conflictos, habida cuenta de que sería necesario que pluralidad de jueces obraran con criterio similar en caso similar.



estaría obligado a conocer⁵⁴. Siendo así, nadie podría quejarse de desconocimiento de la norma porque, aunque no conociera la norma jurídica, conocería la cultural. Ahora bien, cuando se tratara de campos especializados de las prácticas sociales, el criterio se mantiene porque se tiene que reconocer que en cada especialidad también, quienes se mueven en ella, saben lo que es correcto o incorrecto según el sentido común (Mayer, 2000, pp. 45, 55, 72-75). El derecho y los otros ordenamientos sociales han de ir por el mismo camino. Cuanto menos sea así, más se dependerá del recurso de la fuerza y el peligro de la ilegitimidad de la ley será mayor.

Existen sociedades donde el orden jurídico está integrado con otros modos de orientar los comportamientos, con otros órdenes sociales. En muchas sociedades, la moral y la religión están vinculadas de manera indiferenciable con el derecho. El sistema de justicia moderno pretende haber alcanzado una diferenciación formal clara entre las normas jurídicas y las no jurídicas en los ordenamientos sociales y tiende a basar las decisiones para el manejo de los conflictos únicamente en cierta normatividad que se

⁵⁴ En las sociedades modernas se cuenta con medios materiales y formales para diferenciar las normas jurídicas de las demás normas sociales o culturales. En cuanto a las formalidades, las normas jurídicas se producen por ciertos actores, mediante ciertos procedimientos o rituales y, aún, con ciertos formatos. Lo material de lo jurídico ha sido objeto del trabajo detenido de una pléyade de autores desde Durkheim. En la época contemporánea, Jon Elster es el autor que ha alcanzado mayor reconocimiento en su teorización de la normatividad social. Él formula una completa teoría de las normas sociales:: Para ser normas sociales se requiere que sean compartidas por toda la comunidad o un grupo específico de ella. Además, personas diferentes del sujeto que pretende obrar según ellas son importantes para imponerlas mediante su aprobación o desaprobación de comportamientos. La violación de la norma genera emociones negativas en el violador y en la gente. La mayor parte de las normas son fáciles de obedecer, no exigen esfuerzo racional sobre cómo actuar (Elster, 1992, pp. 119-122).

Las normas sociales deben distinguirse de las morales (en este trabajo precisamos norma social como las que cuentan con imposición externa) y norma jurídica, Elster la asocia con la elección racional porque se decide la actuación orientada al resultado: evitar la sanción prevista en la ley (mientras que en la norma social es difusa la sanción).). Elster diferencia entre las normas sociales la tradición del tradicionalismo. La primera se define como una sucesión de normas que se van haciendo distintas de la una a la otra, aunque la una sea la base de la otra. Mientras que el tradicionalismo omite los desarrollos y siempre vuelve a la norma original (Elster, 1992, pp. 123-131).



reconoce como estrictamente jurídica. Sin embargo, en la realidad, la eficacia de la norma legal en la orientación de los comportamientos y en la regulación de la conflictividad se relaciona con el entorno social y cultural en el que se da. En general la norma jurídica cuenta con el “auxilio” de otras normas y de otros elementos de la cultura para ser eficaz como mecanismo de orientación de los comportamientos y de manejo de los conflictos.

En este punto conviene que retomemos un tema que habíamos visto más arriba (#4). Cuando dijimos que el orden jurídico moderno no alcanza a abarcar toda la conflictividad que se presenta en las sociedades en las que rige, no queremos decir que los conflictos sociales necesariamente llegan a desbordar el sistema jurídico, ni mucho menos que la estructura normativa es inevitablemente ineficaz para ordenar los comportamientos sociales. Por el contrario, sin la menor duda admitimos que durante mucho tiempo la estructura jurídica ha tenido un desempeño satisfactorio en muchos países (principalmente en los centrales), constituyendo regiones enteras del mundo donde el derecho moderno ha sido bastante eficaz en la organización de la mayor parte de la sociedad. Lo que venimos mostrando es que el ordenamiento jurídico (donde es efectivo) opera junto con otros elementos de la cultura que orientan de manera coherente los comportamientos y participan en el manejo de la conflictividad⁵⁵. Por tanto, el derecho moderno tiende a ser eficaz en cierto entorno cultural y en una cierta manera de configurarse las relaciones sociales, en la que se da esa armonía entre el orden jurídico y los otros ordenamientos de la sociedad.

Cuando se habla de regulación tendrá que considerarse un conjunto de reglas que encauzan los comportamientos a diferentes niveles de la vida y desde diferentes ordenamientos de la sociedad como la religión, la moral, los hábitos, las normas estéticas,

⁵⁵ Vamos a ver más adelante la armonía entre el derecho y los demás órdenes sociales como factor de seguridad jurídica al señalar que la base de la obediencia a la ley está determinada por la seguridad que proporciona contar con mecanismos compartidos para la delimitación de las significaciones colectivas, sobre la cual se construye la coherencia de los comportamientos con el entramado social.



etc. Sin ellas, las normas jurídicas carecen de buena parte de su eficacia y de su contenido. En ese sentido, la existencia de normas en una sociedad determinada no debe ser vista únicamente desde la perspectiva de las normas puramente jurídicas. Tendrá que reconocerse que hay un escenario más profundo y extenso en el que se produce el sentido de las mismas para un conjunto social específico y para cada uno de los individuos.

El planteamiento de Mayer, sin embargo, debe ser localizado también. Es un europeo, con una tradición jurídica que ha construido durante más de un milenio elementos comunes en su cultura que coinciden con las normas legales⁵⁶. Se han mezclado mil veces las tres fuentes culturales que son fundantes de lo que podemos llamar la cultura jurídica europea (el derecho romano, el pensamiento cristiano y el derecho germánico) y han pasado por los mismos moldes en dinámicas de homogenización como las centralización de la iglesia e intervención de ella en los gobiernos, universidades cristianas, persecución por herejía y el satanismo a lo que era diferente, etc.⁵⁷ Además, Mayer es un alemán viviendo en un contexto de expansión del proyecto político de estado-nación alemana, con un conjunto de juristas, académicos y prácticos, legisladores y jueces, que buscan la raíz de sus leyes en el derecho germánico y la cultura jurídica de la nación alemana.

Con esas determinantes, Mayer tendría que ver en la norma jurídica una proyección de las normas sociales o culturales. Y, así, el mensaje que el Estado envía a los funcionarios, a través de sus leyes no puede ser sino la contracara de la manera como se dan las relaciones sociales. La norma jurídica complementa y desarrolla la norma cultural dando pautas a los funcionarios para que realicen, reproduzcan y recreen los valores y las reglas que la sociedad tiene. La norma social posibilitaba la capacidad

⁵⁶ Losano (1993, pp. 202-227) muestra como el derecho operaba en las costumbres en la mayor parte de las sociedades europeas, que sólo en los últimos siglos se fueron recogiendo en códigos.

⁵⁷ En la segunda sección de este capítulo se amplia y desarrolla este planteamiento.



regulatoria y la legitimidad de las normas del Derecho. La relación entre los valores sociales considerados como justos, muy factiblemente, coincidiría en la escala de prioridades establecida para la protección jurídica. De allí derivaban las relativamente altas posibilidades de una apacible influencia mutua entre las transformaciones del Derecho y el resto de la cultura. Siendo así, la presunción de conocimiento de la norma jurídica es completamente funcional y beneficiosa para la convivencia.

En el otro extremo podríamos poner a la Bolivia de comienzos del siglo XXI⁵⁸. Tras cinco siglos de dominio occidental, aun cuando carecen de motivaciones secesionistas, las más de treinta naciones indígenas que se ubican en ese territorio defienden cada una el derecho a prosperar desde su propia cultura y a regirse mediante su propio sistema. Dos tercios de la población no se ubican en el mundo occidental sobre el que se constituyó el Estado desde la independencia de España. Salvo cortos episodios de intentos serios de integración social y política, los pueblos indígenas fueron discriminados y excluidos en el régimen político, así como de los beneficios de la economía nacional. Su proceso discurrió en contextos culturales ajenos al mundo occidental. Su vida cotidiana, el grueso de sus relaciones, el manejo de conflictos y el control social se ha hecho de manera predominante a través de sus propios sistemas normativos y autoridades, a pesar de que el Estado estableció diferentes mecanismos de coerción y de cooptación. Los códigos y las leyes fueron versiones de textos legales europeos que se fueron incorporando sin mayor consulta de los procesos culturales de la mayoría. La presunción de conocimiento de la ley allí no sólo es irreal sino que suele ser una herramienta de agresión cultural y de represión. La conexión entre la cultura y el derecho estatal no existe mayormente más que a través de la represión.

⁵⁸ Un ejemplo cercano en América Latina en el cual el derecho occidental no se articula con las dinámicas de regulación de la mayoría de la población. Se trata de una juridicidad occidental que entró por encima, impuesta. La resistencia cultural junto con la discriminación contribuyeron para impedir que llegara a toda la sociedad. En consecuencia el derecho estatal regula unos escenarios muy estrechos. Aunque con diferencias, lo mismo se presenta en otros casos ejemplificados con lo que ocurre en Pakistán o en Mozambique.



Entre el caso alemán de hace un siglo y el boliviano de hace unos lustros hay muchos casos intermedios, más o menos próximos al uno o al otro. Lo cierto es que en la mayor parte del mundo hay sectores de la población para la cual la previsibilidad, que se pregona como seguridad jurídica, no existe. El sistema occidental moderno de administración de justicia no refleja su normatividad cultural, las estructuras axiológicas pueden estar alejadas y las instituciones jurídicas no les son reconocibles. Gitanos, turcos y árabes residentes en Europa no gravitan dentro de la normalidad reflejada por la juridicidad alemana, francesa o española de hoy. No sólo indígenas sino también, buena parte de la población aparentemente occidental está muy lejos de participar del mismo contexto cultural en el que se producen y se aplican las leyes de sus países. Aquí hay un pliegue del sistema judicial moderno. La seguridad jurídica es muy insegura para sectores de la población que no participan del mundo cultural desde el que se organiza el discurso jurídico estatal y las prácticas legales. Lo que sería previsible para los incluidos sería impensable para los demás. Si no hay articulación y complementariedad entre el derecho y las estructuras normativas de una sociedad nos encontraremos con dinámicas de conflicto que desbordan el ordenamiento legal⁵⁹. No hay seguridad para el conjunto de la sociedad. Y aunque se predique la igualdad, habrá una posición completamente asimétrica entre quienes participan del universo cultural en el que se produce la norma jurídica y quiénes no. Los primeros “sabrán” cuáles derechos tienen porque los habrán mamado desde su infancia, los otros dependerán de un aprendizaje al que llegarán precariamente como una segunda lengua, si es que llegan.

⁵⁹ En esa dirección, Mockus (2002, p. 33) señala que la construcción de convivencia pacífica exige en Colombia la armonización de derecho y cultura: “La convivencia parecería depender principalmente del llamado “imperio de la ley”. Sin embargo, lo central no es exactamente la ley: es la congruencia entre la regulación cultural y moral y la ley. Lo que importa son las justificaciones para obedecer o para desobedecer la ley, o el ejemplo de los demás, o lo acostumbrado, o el único medio para alcanzar el objetivo”.



RECAPITULANDO

Para concluir lo tratado hasta ahora, en esta sección hemos dicho que el sistema judicial participa de un paradigma de seguridad que se funda en la integridad del orden jurídico, del cual los operadores judiciales fungen como garantes mediante el uso de la fuerza a través de la imposición de sanciones. Sustentamos que esa seguridad, que en los discursos más democratizantes arropan la totalidad de los derechos, sólo tendería a ser eficiente cuando se corresponde con relaciones competitivas, que en las sociedades capitalistas, son las propias del mercado. De modo que tendremos que ver lo que pasa con los comportamientos y los conflictos que tienen otros determinantes como el afecto en la familia; la solidaridad y la reciprocidad en la comunidad o, incluso, la cooperación en la empresa. Lo que pudimos ver es que las “zonas de legalidad”, que se demarcan con las normas jurídicas, regulan de manera complementaria cada uno de los espacios estructurales, en donde normas y poderes específicos son los que ordenan los comportamientos y dirimen los conflictos. Cada espacio cuenta con dinámicas de regulación y de institucionalización que se ocuparán de los conflictos por sí mismas o a instancias de las partes. La acción eficaz (que no necesariamente eficiente) del derecho, a través de sus operadores, tiende a darse a iniciativa de los actores de los conflictos, en tanto se desborda la capacidad regulatoria propia del respectivo espacio estructural y muchas veces en paralelo con el socavamiento o la extinción de la relación en la que el conflicto se produce (por ejemplo comercial, laboral o familiar). En cualquier caso, una relación armónica entre el derecho y las otras estructuras normativas supone un sustrato cultural común y cuando este no se presenta, la potencialidad regulatoria del derecho tiende a concentrarse en la represión de lo que es diferente.



II. El proceso judicial: La guerra por otros medios

(#14) El sistema judicial también se pliega en cuanto a la manera cómo impacta sobre la realidad social que es su objeto: cada conflicto. Sus operadores realizan una metodología de intervención mediante la cual la violencia institucionalizada actúa, sobre ciertas partes de la pugna, dentro de los cánones legales. En esta sección vamos a (i) ubicar teóricamente el SJ como sistema de gestión de conflictos a fin de analizar su capacidad de impactar en ellos; (ii) entender cómo funciona y en qué medida cuenta con condiciones para garantizar derechos. En el primer apartado intentamos hacer una lectura crítica de las limitaciones del sistema judicial para transformar positivamente los conflictos sociales, y en los demás nos ocupamos de analizar el proceso desde la perspectiva de la teoría del conflicto. Empezamos por considerar las reglas de competencia y luego describimos como se da la lucha de poderes entre las partes y ante el operador, al interior del proceso. Con esta sección proponemos una crítica al escenario en el que se sustenta una batería de derechos procesales y discursos de democratización de la justicia, que como intentaremos demostrar a lo largo de la sección, en realidad posibilitan la reproducción de las desigualdades sociales.

El argumento central es que las instituciones judiciales, dado su origen, son un escenario en el que en la base de los discursos y las formas jurídicas, quien sea socialmente más poderoso es quien tenderá a obtener la victoria en el escenario de guerra que es el proceso judicial. Así, con el primer acápite, mostramos como el modelo



judicial devenido de la guerra hacia cierto tipo de conflictos tiende a ser contraproducente cuando afecta relaciones complejas. En el siguiente, sustentamos como los procedimientos judiciales son, comparativamente con los de otros sistemas, más propensos a reproducir las relaciones de poder existentes en la sociedad. Y, finalmente, desarrollamos este planteamiento analizando de manera sucesiva la forma como los escenarios judiciales, que le dan igualdad formal a las partes, en realidad tienden a favorecer al más poderoso.

A. La esencia bélica de las instituciones judiciales

(#15) Luego de varios siglos de haberse establecido el sistema judicial como el cauce principal para el trámite de los conflictos, el conflicto apenas ahora empieza a ser estudiado por las diferentes disciplinas jurídicas. Algunos juristas, como los que se incluyen en esta sección, se ocupan de estudiar lo que ocurre con los intereses en pugna, con las partes y sus comportamientos cuando escalan a los atrios de los palacios de justicia y cómo los operadores realizan una metodología de intervención en la cual la violencia institucionalizada actúa sobre ciertas partes de la pugna, dentro de los cánones legales. A continuación vamos a (i) ubicar teóricamente el SJ como sistema gestión de conflictos a fin de analizar su capacidad de impactar en ellos; luego (ii) entender cómo funciona y en qué medida cuenta con condiciones para garantizar derechos y, (iii) cómo se transforman los intereses en el conflicto cuando se convierten en pretensiones para un proceso.

El punto de partida del sistema moderno de A de J lo encontramos hace unos mil años en Europa, cuando había dos modelos de regulación de los conflictos que alcanzaban visibilidad pública. El primer modelo es el que llamamos la “Justicia de Asamblea”, que la historia del Derecho ha denominado de diferentes modos: por ejemplo,



“justicia o derecho señorial” y “justicia adjudicativa participatoria” (Berman, 1996, pp. 332 y ss.); “justicia o derecho comunal o concejil” (Hespanha, 1993, pp. 203 y ss.); “justicia o derecho de Asamblea Judicial” (Lalinde, 1988, pp. 45 y ss.). Es este escenario la gestión del conflicto se hacía mediante un tipo de reunión en la que el jefe de la comunidad, generalmente el señor feudal, convergía con las otras decenas de padres de familia extensa o notables de la comunidad. Allí se administraba justicia. Los litigantes, apenas eran reconocibles, no se diferenciaban en nada de los demás asistentes. Estaban integrados en la asamblea y participaban en la producción de las decisiones que se tomaban.

Ese sistema de administración de justicia estaba dirigido al manejo de los conflictos que se presentaban en el interior de la comunidad. Los conflictos internos eran casi la totalidad de los problemas que se presentaban porque eran muy extrañas las relaciones que se tenían con el exterior o con personas de fuera del feudo. El grupo de notables, producía las decisiones, generalmente por consenso, y el papel que tenía el presidente del juicio, que es el nombre que le vamos a dar para este tipo de gestiones al señor feudal, era buscar y provocar ese consenso. Las decisiones se producían a través de la interlocución de todas las personas que estaban presentes, incluidas las partes, pues no era muy fácil diferenciar a las partes de los que no lo eran. Tampoco lo era diferenciar a los testigos, a los representantes de las partes o a los jueces. Finalmente quienes estaban allí eran todo: eran jueces, eran partes, eran testigos y eran vocales de la instancia colectiva que tomaba la decisión. Casi todos los conflictos que se presentaban en una comunidad, iban a una asamblea; conflictos por ejemplo, de producción, de distribución de recursos y productos, por asuntos del agua, por el uso de los bosques, por el uso de la tierra, etc. Hasta los asuntos de carácter matrimonial o de herencias, fueron defendidos como potestad de este modelo de justicia frente a diferentes actores que, como ocurrió frecuentemente con el creciente poder jurisdiccional de la Iglesia, lo reclamaban como de su resorte.



Los conflictos externos, aunque más visibles, eran mucho menos frecuentes y tenían un trámite completamente diferente – los torneos de caballeros que ya mencionamos son su versión posterior. La escena es en todo distinta de la anterior y se grafica mediante la agresión mutua, regulada y controlada, entre dos campeones que representan intereses opuestos y cuya sed de victoria se explica simplemente porque el resultado se plantea en un esquema binario: se gana todo o se pierde todo. El vencedor no deja nada a su adversario. Hay en esta escena, aparte de los contendores, unos personajes que se llaman testigos o padrinos, cuyo rol es garantizar el cumplimiento de unas reglas establecidas y determinar cuál de los contendientes es el vencedor. Al final, son estos padrinos o testigos quienes certifican quien puede ostentar la condición de vencedor: lo que muchas veces, no es más que la constatación de quien se mantiene en pie, o registra menos heridas, tras unas horas de combate.

Lo que hay detrás de estos torneos, que es la palabra que se utilizaba en la época, es un conflicto entre dos actores que no tienen una vida en común. No compartían su cotidianidad porque solían pertenecer a diferentes feudos. Se trataba, de un tipo de conflictos al que llamamos *externos*, porque ya no se dan entre actores que pertenecen a lo mismo. De no ser por estos torneos las dos partes en el conflicto se verían volcadas a tramitarlo mediante la guerra. Ante la falta de un contexto social común o de un contexto normativo que les permitiera regular el conflicto por un medio pacífico, cada uno, sólo contaba para reivindicar su aspiración, con las armas que poseía y la decisión de usarlas contra el otro si no se le sometía.

En medio de siglos de agresión externa, matándose, atacándose, gastándose lo poco que tenían en perseguirse mutuamente, en hacerse la guerra, fueron construyendo un medio alternativo para tramitar las diferencias. Se trataba de crear reglas que permitiesen determinar quién ganaría la guerra si la hubiese. El torneo, se diseñó como un método, según el cual, en lugar de hacer una guerra con todos los recursos, se acude a una modalidad simbólica, donde cada uno escoge a su campeón, al hombre más fuerte disponible para que se enfrente con todas las armas al campeón del contendor y así



determinar quién ganaría la guerra sin hacerla. Cada uno de los embates, que se llamaban *pruebas*, en los que las partes se arremetían con un arma distinta, es una oportunidad de demostrar quién tiene el poder suficiente para vencer. Y los testigos o padrinos cumplen el papel de garantizar que se cumplen las reglas del combate y confirmar, tras examinar a las partes, quién ganaría la guerra, en caso de que la hubiera. Como eran eventos muy públicos, donde estaban presentes los cercanos y los dependientes de cada parte, pudiendo controlar lo que constataban estos testigos o padrinos, tal exposición le daba validez a la decisión, evitándose la guerra, al darle la victoria al que demostrara ser el más fuerte.

Se ha demostrado que el sistema de justicia judicial estatal actual es heredero, no de las asambleas, sino de los torneos de campeones que acabamos de bosquejar. Los jueces que tenemos actualmente, son la derivación de los testigos y los padrinos de la edad media. El mundo occidental, por razones diversas, optó por el modelo de “juez de torneo”, en lugar del modelo de “juez de asamblea”: mientras que durante un proceso muy largo se fue extinguiendo, hasta desaparecer en muchos casos el modelo de “juez de asamblea”, el “juez de torneo” fue transformándose en la medida que se fortalecía en el plano discursivo (con tejidos crecientemente complejos entre el Derecho Romano, el pensamiento cristiano y el derecho de los pueblos germánicos) y en el plano orgánico (en la medida que se articulaba al poder centralizador, primero de la Iglesia y luego del rey y del Estado). Se ahorraban así muchos esfuerzos y sangre ya que se producían procedimientos de gestión regulada a cambio de la agresión directa entre los contendientes, como forma de tramitación de las controversias (Foucault, 1995, pp. 72 y ss.). Lo que se hacía era mantener la lógica de la guerra, con un vencedor que se habría impuesto por ser más fuerte (y un perdedor más débil), pero reduciendo sustancialmente los costos. El proceso naciente, ya en sus orígenes era una prueba de fuerza. Posteriormente, el actor judicial se fue convirtiendo en la rama del poder público que es ahora, los procedimientos se fueron recubriendo de discursos que solapan la violencia, las pruebas físicas y etapas de la lucha transcurren a través de la palabra; el



desequilibrio de poder entre las partes se presenta como desequilibrio de argumentos; la decisión que declara un vencedor se presenta como la realización del sistema jurídico.

En esta misma sección, vamos a analizar cómo opera el sistema judicial y cómo produce sus decisiones. Por ahora, sólo queremos subrayar el hecho de que el operador de justicia lo que hace es, tras un procedimiento de confrontación y de medición regulada de fuerzas entre las partes, declarar un vencedor y un correlativo vencido. Siendo así, la lógica de la guerra impera en el trámite judicial y las partes podrán utilizar -y tienden a utilizar- al máximo los recursos disponibles y permitidos para hacerse daño. Bourdieu subraya que al entrar en el proceso judicial se ingresa en unas reglas de juego que enmarcan el conflicto en el derecho estatal. Con ello se acepta tácitamente una forma de comunicarse dentro del conflicto y una forma de competir (Bourdieu, 2002, p. 191). Si no lo están desde antes, por efecto del proceso, las partes tienden a enemistarse entre sí. Y, en cierto tipo de relaciones, es muy difícil poner un dique que impida que las agresiones trasciendan a escenarios extrajudiciales e impacten el conjunto de las relaciones implicadas en el conflicto.

Este problema no se presentaba igual en la época altomedieval dado que había dos instituciones completamente diferentes, con su metodología para cada tipo de conflictos⁶⁰. Los conflictos externos, entre ajenos, se tramitaban mediante el torneo mientras que los conflictos internos de la comunidad, entre los próximos, se tramitaban mediante la asamblea. Mediante la primera se trataba de encontrar una solución expedita y objetivamente incuestionable para decidir el objeto de la controversia. Sin mayores cuidados porque no había relaciones que cuidar y lo importante era llegar a una decisión. Mientras que en el otro caso, se trataba de manejar el conflicto al tiempo que se

⁶⁰Kriesberg (1973, pp. 136 y ss.) sostiene que las partes tienen tres formas puras de buscar satisfacer su interés frente a la otra: Persuasión, cuando se le convence de que ceder es lo más conveniente para sí; recompensa, cuando se le ofrece una prestación alternativa por ceder su interés y la coerción, cuando se trata de que el otro ceda de cara a la fuerza actual o futura que se puede ejercer sobre ella. La acción judicial, como se viene planteando, se ubicaría primordialmente en el tercer canal.



cuidaban unas relaciones más o menos intensas en las que de un modo u otro la comunidad siempre era afectada. Se trataba de decidir el problema pero procurando el mejor impacto en la convivencia.

Es claro que estamos en otro mundo y actualmente no podemos hablar del mismo modo de conflictos internos y externos como en la época de los señores feudales. Sólo que actualmente es necesario diferenciar las relaciones que tienen las partes entre sí. Lo mismo que en el conflicto externo de antaño, hay asuntos que en la actualidad el SJ puede declarar concluidos con la actuación del juez. El ejemplo más simple de ello es el de la ejecución de una deuda con un banco. Pero hay otros conflictos frente a los cuales el impacto definidor del trámite judicial es mucho menos contundente. Por ejemplo en los casos de divorcio y de inasistencia alimentaria hay análisis importantes que dan cuenta de que las limitaciones judiciales para tramitar estos conflictos están asociadas con dos aspectos: la complejidad del conflicto y la continuidad de las relaciones⁶¹.

(#16) La complejidad está asociada con la capacidad que tiene el proceso judicial para comprender las diferentes dimensiones que tenga el conflicto. La disputa será simple en la medida en que las pretensiones de una de las partes puedan expresarse jurídicamente como lo antagónico de las de la otra y el proceso judicial tenga la capacidad de regular todas las acciones conflictivas de las partes. Tendríamos un conflicto simple cuando dos desconocidos se enfrentan a un proceso judicial en el que una de las partes pretende la rescisión de un contrato y la otra su ejecución. Sus intereses son completamente excluyentes a la luz del derecho y sus comportamientos se pueden encauzar mediante las etapas procesales para cada uno lograr imponer su propósito ante el juez. En el caso del divorcio la situación será muy diferente porque aunque el propósito de una de las partes sea divorciarse y no el del otro, puede que los intereses sobre los hijos no sean antagónicos y quizás tampoco sobre su relación futura. Del mismo

⁶¹ Por ejemplo, Eiras muestra el efecto destructivo que puede tener el proceso penal en la vida de las personas implicadas en el conflicto de inasistencia alimentaria, con un alejamiento de los reales objetivos de la parte demandante (Eiras, 2005, p. 134).



modo, las acciones conflictivas continúan por cauces extraprocesales en su mayoría porque la vida cotidiana y sus obligaciones se los exigen. En el segundo caso estamos hablando de un conflicto cuya complejidad desborda ampliamente a la actuación judicial.

En el caso del divorcio la decisión judicial tiene más limitaciones para solucionar porque de un lado no se cuenta con la simplicidad para precisar cuál es la decisión que pondrá fin al conflicto:: los intereses son complejos, incoherentes e imbricados; generalmente aporta muy poco a la solución clasificar la legalidad de las conductas; las percepciones, los sentimientos y las ideas en las que se mueven los actores son generalmente imprecisas e inestables. Allí la intervención en el conflicto exige una serie de acciones que son sustancialmente ajenas al proceso judicial. El conflicto, en teoría, no llega a ser tan regulado por el judicial como sí podría darse en el caso de una rescisión contractual. Pero, aun en este caso puede haber complejidad. Porque la complejidad puede darse en cualquier tipo de conflictos y, como lo señala Boaventura de Sousa Santos, ella será una limitante para buscar la regulación judicial, sobre todo si se es la parte menos poderosa en una relación compleja y continua:

“El reclamo del lesionado no provoca necesariamente el litigio una vez aquel es rechazado en su totalidad o en parte. Solamente será un litigio si el lesionado no está de acuerdo con el rechazo y decide reaccionar. Puede tener buenas razones para no hacerlo. Por ejemplo, el inconformismo puede poner en peligro de manera global una relación que en otros niveles es benéfica para el lesionado. Esto ocurre sobre todo en las relaciones múltiples complejas, es decir, relaciones que unen a los individuos a través de múltiples vínculos (amistad, familia, religión, etnia, negocios) (...) El incentivo para “aguantar” en estas condiciones puede ser mucho más grande. Cuanto más desiguales son las posiciones de las partes en conflicto, mayor es el incentivo cuando el lesionado sea la parte con la posición social inferior” (Santos, 2001, pp. 126 y ss.)

La complejidad del conflicto, desde diferentes variables, hace impertinente la actuación judicial (Galtung, 2003, pp. 108 y ss.)⁶². Muy comúnmente la controversia se

⁶² Jon Galtung (2003) sostiene que un conflicto se define por la confluencia de tres elementos que él llama el ABC del conflicto (*attitude, behavior, contradiction*). El primero, la actitud, da cuenta del elemento subjetivo, de la manera como se percibe la contradicción, al otro y el contexto en el



complejiza si se estima la diversidad de intereses en juego: Por ejemplo, frente a un reclamo económico, puede haber una invisible exigencia de reparación moral o simbólica. También se puede complejizar al mirar la manera como se dan las relaciones de poder entre las partes o como se actúa extraprocesalmente. La gestión judicial sería imposible cuando se presenta un conflicto virtual que existe como pura percepción⁶³ pero no puede desconocerse que la mayoría de los casos se complejizan tanto por la manera como las partes ven el conflicto como por los sentimientos que tienen o experimentan⁶⁴.

(#17) En fin, los conflictos pueden ser tan complejos como lo sea su estructura⁶⁵. “(...) En la mayor parte de los casos, los actores tienen algunos objetivos en disputa y varios objetivos coincidentes o comunes. O, aun tratándose de objetivos únicos en disputa, tienen coincidencia sobre el marco en el que se produce la incompatibilidad” (Entelman, 2002, p. 110). Pero el proceso judicial tiene una partitura que no le permite

que el conflicto se presenta. El comportamiento, se define por la confrontación misma, las acciones que mutuamente desarrollan los actores para cambiar a su favor las relaciones de poder o lograr el objeto de interés. La contradicción, la situación en la que de manera real o aparente los intereses del uno sólo puedan realizarse a costa de que los del otro no lo logren.

⁶³ Se presentan conflictos en situaciones en que las partes no están en situación objetiva de conflicto pero lo perciben y eso hace que el conflicto exista. (Kriesberg, 1973, p. 17). Así, en un conflicto virtual el logro de los objetivos no podrá ser satisfactorio porque en ese caso sobrevendrá un nuevo objetivo. Se puede explicar porque “nace de impulsos agresivos que buscan expresión, cualquiera que sea el objeto, no permite alternativa funcional de medios, dado que no tiende a alcanzar un resultado concreto” (Coser, 1970, p. 17)

⁶⁴ “Las actitudes hostiles no conducen necesariamente a conflictos; tampoco los hace estallar la simple existencia de discrepancias objetivas de poder, estatus, ingresos y similares, aunque estas éstas sean fuentes potenciales de conflicto. Aquí, como en otros aspectos, el análisis debe enfocarse sobre la manera en que los hombres definen la situación, más que sobre las características objetivas de ésta”. Lo mismo, puede no haber conflicto si hay una distribución inequitativa de bienes, sea porque le parece aceptable o sea porque no ve sentido a entrar en conflicto por eso (Coser, 1970, p. 18)

⁶⁵ “Se impone una investigación de lo que se considera el cometido y propósito de cada tipo de litigios: lo que es irrelevante en un litigio entre personas que son relativamente extrañas entre sí puede ser muy importante en un conflicto entre familiares próximos (Gluckman, 1972, p. 497)



penetrar en la estructura e ir en busca de una solución donde ella pueda estar. Sólo se permite simplificar: se decide sobre intereses, generalmente materiales a partir de la calificación de jurídica o antijurídica de los comportamientos que tuvieron las partes previamente⁶⁶. Bajo esa simplificación se omite si más allá de una conducta calificable de legal o ilegal hay un conjunto de intereses y percepciones asociadas con relaciones laborales, familiares, comerciales, lúdicas, etc. El judicial no tiene margen que le permita diferenciar un vínculo de otro:

“Los individuos se relacionan en la familia, en el trabajo, en la vecindad, en el mercado, en la política, en la diversión, etc.; y en cada uno de estos campos crean interacciones que potencian determinados tipos de percepciones y evaluaciones y bloquean otros. Por otro lado, del mismo modo que hay relaciones que son fáciles de interrumpir o dar por terminadas, hay otras cuya interrupción o fin acarrearán costos importantes...” (Santos, 2009a, p. 121).

Precisamente a esto se refiere la variable de la continuidad de las relaciones como la otra variable que afecta los alcances regulatorios del proceso judicial⁶⁷. Tiene que ver con el peso relativo que tiene el conflicto en la vida de las partes. Un hurto no es lo mismo cuando su autor es un extraño que cuando es el empleado más antiguo o un vecino apreciado. Un problema contractual tenderá a resolverse por cauces no judiciales

⁶⁶Vamos a ver que el proceso no se ocupa del conflicto como un proceso en marcha sino que se detiene en una situación del pasado en la que se dieron ciertos comportamientos a calificar.

⁶⁷ Entre los conflictos que se presentan en las relaciones continuas, es de considerarse los conflictos que son en sí mismos continuos, como en las competencias entre empresas o grupos comerciales que pueden durar décadas: “Cuando ambos actores son a la vez soberanos o incondicionalmente viables, o cuando la parte dominante no trata de extinguir a la otra –para garantizar la viabilidad condicional- tenemos un conflicto prolongado. En este caso, el problema estriba en cómo controlar el conflicto, es decir, cómo mantenerlo dentro de ciertos límites, en vez de resolverlo” (North, 1974, p. 12).



cuando el incumplido sea el mejor cliente que simplemente uno de los cien que se tienen⁶⁸.

Los procesos penales pueden caer como una maldición en una familia cuando uno de sus integrantes es el procesado, incluso cuando la víctima pertenece a la misma familia. Un caso de lesiones personales entre viejos amigos (o enemigos) es mucho más exigente en su tratamiento que el de dos desconocidos. Obviamente, los asuntos de familia, por definición afectan relaciones continuas. En ese caso, la actuación de los operadores judiciales se vuelve limitada. Por ejemplo, suele entenderse que en los juicios de divorcio “se exacerban el conflicto, la desconfianza y el estrés” cuando se acerca la sombra de la actuación judicial, no tanto por el modo de actuar de los abogados como por un sistema en el que las decisiones son tomadas por un tercero (Felstiner, Abel & Sarat, 2001, p. 63).

Esto puede verse con especial dramatismo en lo que modernamente se llama derecho penal. Zehr (1995) muestra cómo los métodos pre modernos de A de J entendían el crimen como una agresión a una persona específica. Y, cuando se trataba de asuntos internos a una comunidad, su gestión estaba a cargo de la asamblea a través de una negociación entre los afectados; la restitución y la compensación para la víctima eran los resultados esperados. “Los conceptos tradicionales de justicia reconocían que el daño había sido realizado a personas, que las personas involucradas eran centrales en su resolución y que la reparación del daño era crítico. La justicia comunitaria otorgaba una gran importancia a la reconciliación y al mantenimiento de las relaciones”. (Zehr, 1995, p. 107).

Durante mucho tiempo, los tribunales regios se consideraron una alternativa secundaria cuando fallaban los arreglos comunitarios o cuando la ley o la tradición así lo

⁶⁸“Así, entre más inclusiva en el espacio vital y en el tiempo sea la relación entre las partes, menos probable será que las partes recurran al sistema oficial y más probable que la relación esté regulada por un sistema “privado” independiente” (Galanter, 2001, p. 90).



señalaban. Las cortes medievales eran esencialmente acusatorias y su papel era servir como árbitro para regular el poder de las partes y el conflicto. La lucha por el poder entre las estructuras religiosas y seculares consolida gradualmente el sistema estatal moderno hacia el siglo XIX (Zehr, 1995; Llewellyn & Howse, 1999). Los principales cambios de esta revolución se manifiestan especialmente en dos escenarios. Por un lado, la comunidad deja de ser el espacio natural para la discusión de los conflictos y las normas culturales se eclipsan como referentes de gestión. El Estado, por su parte, poco a poco va asumiendo este papel mediante el establecimiento de cuerpos normativos legales, se fortalecen las cortes como escenarios de resolución de conflictos y se va centrando el protagonismo en jueces y abogados.

Adicionalmente, la imposición de castigos predomina sobre los acuerdos. Las multas que recolecta el Estado reemplazan la restitución a las víctimas y la cárcel como castigo expropia la venganza y se constituye en muestra de poder. En consecuencia, la víctima pasa a un segundo plano, la comunidad queda totalmente relegada y el Estado asume los conflictos como otro de los espacios donde ejerce su poder. Gradualmente se impone lo que se conoce hoy como enfoque retributivo de justicia en el paradigma dominante de la administración de justicia penal. Una vez se establece la culpabilidad de la persona, la justicia retributiva establece el castigo que merece con el fin de equilibrar la equidad social que se había fracturado con la ocurrencia del delito. Desde este punto de vista el castigo, no la transformación del conflicto que le dio origen, es considerado el resultado lógico para obtener justicia.

En la sociología norteamericana se han elaborado estudios que muestran que los conflictos se deforman para que el sistema judicial logre actuar sobre ellos. Con lo cual, lo que se produce no es necesariamente solución al conflicto que dio origen a la instancia pública sino la versión del conflicto que se generó para que la instancia judicial pudiese obrar. Así, los intereses de las partes tienden a ser modificados por el procedimiento al que se someten (Festiner, Abel & Sarat, 2001, pp. 51 y ss.). Los autores muestran cómo es el caso de una mujer y la amante de su marido, en el que la una dio una pedrada a la



otra. Al principio, mientras se da el trámite de la mediación el debate empieza alrededor de la pedrada y, luego, se extiende a la disputa del afecto del hombre, mientras que frente al juzgado y la policía se reduce a la pedrada. Es el efecto *Procusto*, no sólo influyen los objetivos⁶⁹ en la selección de los mecanismos sino que los mecanismos definen los objetivos.

Los críticos de los abogados sostienen que ellos crean “por lo menos algunas de las necesidades que satisfacen”; diseñan argumentos autosatisfactorios que no necesariamente traen beneficio para el cliente. Por ejemplo la práctica de muchos penalistas de negociar a partir de la declaración de culpabilidad de su representado. Los abogados de familia muchas veces magnifican los motivos (por ejemplo para que haya divorcio, el experto en divorcios crea la necesidad de acudir a una causal). En muchos casos los conminan a acomodar su interés a lo que se puede obtener con una demanda bien sea deformando, ampliando o reduciendo lo que se quiere para adecuarlo a lo proyectado en una estrategia procesal. En muchos casos la relación abogado cliente se define como el sometimiento de éste a aquel: “Aunque los abogados aseguran que ellos no hacen otra cosa que actuar según las instrucciones recibidas, tal cosa es tan sólo la verdad literal, no la realidad” (Caplan, 1981, p. 95).

Salvo los casos en los cuales la autoridad estatal logra obrar por su propio impulso en la gestión de conflictos, generalmente son las partes las que deciden el camino que se da al trámite. La vía judicial supone una decisión mucho más sencilla cuando se trata de conflictos simples en relaciones discontinuas: “si sólo nos une la disputa, resolvamos esa disputa por un medio regulado en el que el vencido se someta”.

⁶⁹Boaventura Santos nos lleva a la reflexión de que esos cambios están asociados con el cambio de escalas y el consecuente cambio de reglas que se hace al darle tratamiento judicial a un conflicto: “Perspectiva y escala son, entre otras cosas, dispositivos visuales que crean un campo de visión y ocultamiento. La visibilidad de ciertos riesgos, daños, desvíos y vulnerabilidades tiene correspondencia en la identificación de ciertas causas, enemigos y agresores. Unos y otros se gestionan de manera privilegiada por el espacio tiempo nacional y estatal”. (Santos & García, 2001, pp. 16-17)



En caso contrario, cuando las relaciones son continuas o el conflicto complejo, la opción judicial convierte al uno en enemigo del otro en todos los escenarios en los que interactúan, las conductas conflictivas desbordan los estrados y las decisiones no llegan a ser solución⁷⁰ porque muy factiblemente las acciones mutuamente agresivas pueden continuar en escenarios donde el aparato judicial no tiene capacidad de movilizar la fuerza coactiva del Estado.

En Colombia la mayor parte de las reclamaciones se hacen por fuera del SJ. En realidad las partes en principio prefieren a las instituciones y regulaciones de su propio espacio estructural que a las instituciones estatales y entre estas se priorizan las no judiciales. De acuerdo con las estadísticas disponibles, el 67,9% de las reclamaciones que se hacen ante una autoridad estatal se tramitan por fuera del sistema judicial (La Rota, Lalinde & Uprimny, 2013, p. 46). La ruta judicial no llega a establecerse como institución reguladora porque sus instancias son desbordadas por la cantidad y la complejidad de los conflictos y sus limitadas capacidades de respuesta. Las partes tenderán a tramitar sus controversias a través de sus instituciones sociales y de los sistemas de regulación propios de cada espacio estructural. Si se carece de ellos, muchas veces se prefiere la interpelación directa⁷¹ y, como en los juicios de asamblea, predomina el interés de que sus relaciones con la otra parte se preserven y que la gestión del conflicto sea una herramienta para mejorar o, al menos no deteriorar las condiciones de convivencia.

⁷⁰Para Galtung, una solución a un conflicto es una nueva situación en la cual haya un equilibrio sostenible. Ese equilibrio será sostenible por las partes o por un tercero. (Galtung, 2003, pp. 138 y ss.) Dado que la intervención judicial se fundamenta en una regulación externa y en la fuerza, cuando se produce la decisión judicial sobre espacios como el doméstico, la rebeldía de la parte vencida judicialmente puede darse con factibilidad y no lograr un equilibrio sostenible.

⁷¹Veremos que no necesariamente es pacífica ni democrática.



B. Las partes en los modelos de gestión

(#18) En toda guerra puede haber resultados sorprendentes por golpes de astucia o por actos heroicos. Pero a lo que los ejércitos le apuestan es a desequilibrar a su favor la correlación de poderes entre las partes. Es esperable que quien tenga más poder relativo frente al otro sea quien se imponga⁷². Entonces, las acciones de guerra de cada bando avanzan hacia su objetivo acumulando recursos y posiciones o menoscabando los del otro. Si en el fondo del escenario judicial incide la lógica de la guerra cabe esperar que quien gane sea quien logra desequilibrar los poderes en su beneficio. En las próximas páginas vamos a analizar, en este escenario regulado, cómo se transforman los intereses en el conflicto en los objetivos por los que se lucha ante el juez. Precisaremos de qué manera los más poderosos en las dinámicas sociales pueden vencer y cuáles son los poderes que cuentan para fortalecerse en el escenario. Analizaremos también cuáles son las acciones de poder que son válidas y eficaces. Y también en qué consiste la victoria y la derrota.

En este punto, intentaremos ubicar al judicial como modelo de gestión de conflictos dentro de las opciones que tienen las partes para tramitar sus controversias. Johan Galtung ha construido una completa tipología planteando una gama de posibilidades de gestión de los conflictos según el poder que tengan las partes en el trámite y la decisión, a partir de las dinámicas de comunicación que se pueden presentar en su gestión. En un extremo estaría situado un modelo teórico en el que la gestión la hacen las partes por sí mismas, sin intervención o interferencia alguna. Mientras que, en

⁷² El conflicto puede ser visto como la lucha entre dos actores que pueden hacerse daño con lo cual se generan mutuamente inseguridad. (Curle, 1978, p. 18). El equilibrio de ese poder de daño puede haberlo en relaciones pacíficas (padres e hijos, la parte más débil es apoyada por la más fuerte) pero para que haya conflicto si se requiere cierto equilibrio.

el otro, habría un modelo en el que las partes carecerían de poder de gestión porque sólo un tercero podría proceder en el conflicto. En el recorrido entre los dos extremos se encontraría el sistema judicial. Sintetizando e interpretando la amplia propuesta teórica (Galtung, 2003, pp. 148 y ss.) Podríamos presentar la gama de modelos así:

Ilustración 2. Modelos de gestión de conflictos según el poder de las partes (Galtung)



A partir del extremo de la total autonomía de las partes para gestionar el conflicto, Galtung considera dos opciones teóricas. La primera, la disociación, se define por la incomunicación entre las partes, determinada por el desequilibrio de poderes y se decide por el mecanismo de imposición del más poderoso sobre el más débil. Frente a ella, el profesor noruego contempla la opción dialogada, asociación, que tiene como presupuesto el equilibrio de poderes entre las partes y produce las decisiones por algún sistema de consenso. Esta segunda opción, parece puramente teórica porque el desequilibrio de poderes, por mínimo que sea, es la regla. Y, en situación de negociación que depende exclusivamente de las partes, el diálogo y el consenso tenderán a ser pura apariencia de la realidad monológica e impositiva de la parte más poderosa⁷³ o simplemente a la desregulación de la gestión porque en realidad las partes orientan su

⁷³Por ejemplo, el tratado de Versalles de 1918 mediante el cual se formalizó el fin de la primera guerra mundial no fue diálogo ni consenso y lo que hizo fue imponer unas condiciones de oprobio que se juntarían más tarde con otras causas para la siguiente gran guerra.



gestión a cambiar el equilibrio de poderes en su beneficio⁷⁴. Galtung estima luego dos grados de intervención de un tercero en el conflicto. El primero, se produce por aceptar el suministro del espacio en el que se da el trámite dado que las partes aceptan tácitamente un mínimo de intervención del tercero que se produce por el gobierno que éste tiene sobre su espacio. Eso hace que haya una negociación sobre dónde negociar el fin de un conflicto armado. Cada una de las partes va a buscar que las reglas del espacio de negociación le sean favorables.

La segunda manera de intervenir es mediante la escucha activa. La presencia de un tercero como auditorio es una determinante que puede ser definitiva en una negociación. Podemos ver ejemplos en algunas negociaciones del conflicto armado colombiano en los que se usaron espacios internacionales como México o Venezuela, así como el de la escucha activa de Cuba y Noruega. En estos casos las partes no interlocutan con los terceros. Son apenas observadores, ni siquiera les es permitido preguntar. La comunicación sólo se produce entre las partes internas del conflicto, como llama Galtung a las que tienen objetivos antagónicos.

En un tercer grupo de modelos estaría lo que se conoce como la negociación asistida, donde las partes interlocutan directamente pero acompañadas y apoyadas por terceros con capacidad de intervención. Aquí lo que caracteriza es que los terceros tienen comunicación bidireccional con las partes internas, para complementar y enriquecer la que adelantan las partes en su proceso de negociación que se hace sobre el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento del conflicto (Galtung, 2003). Son las partes las que deciden. Allí habría que contemplar dos figuras en muchos ordenamientos legales: la de la mediación y la de la conciliación. Teniendo en la conciliación más incidencia el tercero, dado que su intervención es definitiva para su efecto vinculante. Sin la presencia el conciliador en los acuerdos, el acto será desde el punto de vista jurídico,

⁷⁴ La negociación entre las FARC y el gobierno colombiano, entre 1998 y 2001, ilustra la poca viabilidad que habría para esta modalidad de gestión del conflicto.



simplemente una negociación entre las partes. La conciliación alcanza un destacado nivel de institucionalidad con la figura del Palabrero en la Comunidad Wayuu del Caribe colombo-venezolano. Como figura máxima de la administración de justicia y unos desarrollos notables en procedimientos y técnicas de gestión, es el camino que generalmente optan las partes para decidir sus controversias interclaniles, por graves que sean, con efectos vinculantes en el sistema jurídico propio (Guerra Curvelo, 2002, pp. 127-196).

Un cuarto grupo de modelos de gestión lo integrarían las modalidades en las cuales los terceros, que él llama partes externas, dominan el trámite e imponen la decisión. Mientras que en el anterior grupo de modelos las partes priorizan la comunicación entre ellas, aquí lo más importante es comunicarse con el tercero a quién ha de convencerse. En el arbitraje las partes tienen el poder de seleccionar al operador y de definir las reglas en las que ha de actuar, mientras que en la adjudicación legal, el imperio de la ley, los operadores y las reglas preexisten y se imponen a las partes. Sin embargo, estas contarían con el poder de exigir al operador el cumplimiento de las reglas que serían objetivas para todos.

Dentro de este grupo de modelos, la forma más extrema de carencia total de poder de las partes, estaría el modelo de imposición del tercero en donde es la capacidad que ese sujeto tiene para imponerse a las partes la que permite que un caso sea zanjado. El poder personal del tercero se puede imponer cuando por ejemplo es el patrono o su representante en el espacio laboral quien interviene, cuando dos de sus empleados están enfrentados. Pero allí necesariamente hemos de ubicar la microfísica del poder que hemos recogido más arriba a partir de la obra de Foucault.

Miremos ahora los modelos desde la óptica que nos ocupa aquí: la de garantizar derechos y favorecer las relaciones democráticas. Para lo cual es necesario ver las reales posibilidades que tienen las partes de sacar adelante sus intereses en los diferentes modelos que regulan conflictos. Entonces no tendremos una línea con dos extremos claramente opuestos sino que en realidad ellos se unen en un círculo. Desde la



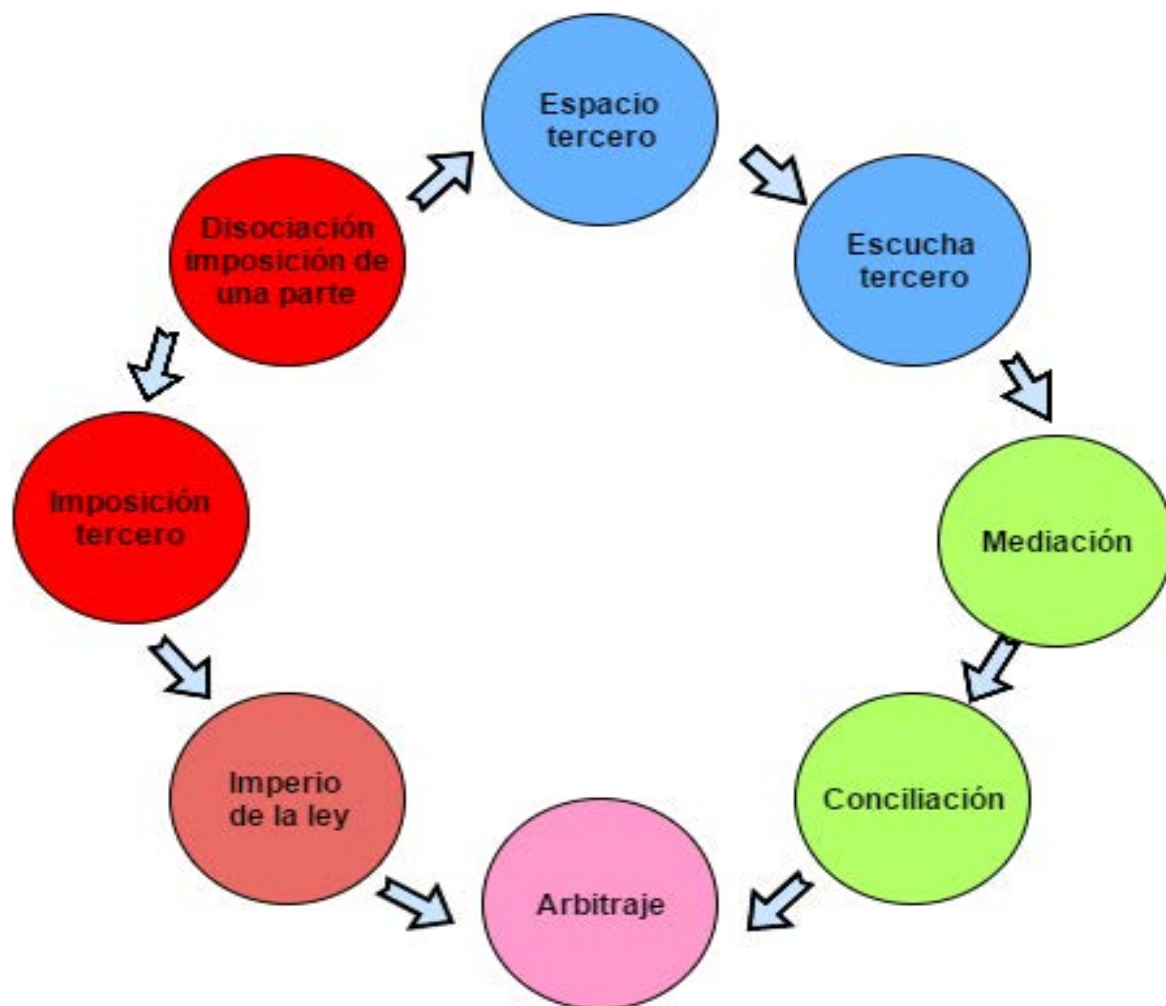
perspectiva de las garantías para la participación y para los propios intereses de las partes no estarían extremos opuestos en una línea sino en el círculo que ilustramos. En realidad los modelos opuestos son otros, aparecen en los dos extremos de la línea, cada uno a un lado en el centro del círculo. A un lado estaría la imposición (por una de las partes o por un tercero) y al otro lado, estaría el de la negociación asistida que se hace en la mediación y en la conciliación. Para Galtung la presencia relevante del tercero es la que permite que se produzca un modelo dialógico de gestión del conflicto con las mayores posibilidades de cooperación, conducentes a soluciones sostenibles prioritariamente por las partes, altamente comprometidas con el impacto que conviene producir en el conflicto y su contexto.

Lógicamente, en todos los modelos cada parte intentará aprovechar sus propias ventajas y las desventajas del otro, por lo que la competencia se inclina con frecuencia a un beneficio mayor al más poderoso⁷⁵, por eso es muy importante considerar más democráticos los modelos que atenúan la competitividad. Entonces, volviendo a la gama de modelos galtungiana cuanto más autonomía tienen las partes para decidir, más tendería a predominar la lógica competitiva. Pero no ocurre lo contrario en cuanto más poder decisorio tiene el tercero, donde la competitividad también es muy alta. En los modelos de gestión autónoma, aun cuando haya espacio o escucha de un tercero, la negociación se podría definir como acciones conflictivas pero delimitadas en el tipo de daños que se pueden causar y podría favorecer al más poderoso. En los procesos arbitrales o judiciales, la acción competitiva y de perjuicio mutuo continúa y puede incluso incrementarse, sólo que sometida a las reglas. Entonces los modelos en los que se produce la imposición de una de las partes pueden impactar de manera similar en el

⁷⁵ Para Kriesberg “diferencias de poder pueden ser fuentes de injusticias para los menos poderosos” (1973, p. 24) Según ese autor, el poder es igual que la fuerza coercitiva para imponerse al otro. El poder siempre es relativo en cuanto a lo que una parte puede hacer frente a la otra. Es célebre la metáfora que da cuenta del mayor poder en el conflicto entre la pulga y el perro (Taber, 1977) para explicar el desafío muchas veces exitoso de un minúsculo grupo guerrillero frente a un ejército.

conflicto que aquellos en los que la imposición es de un tercero. De hecho la capacidad de imponerse por cuenta propia en el modelo autónomo, puede ser simplemente por una proyección del poder que tiene un tercero en quien se apoya y puede llegar a convertirse en quien decide en un caso de gestión del conflicto por imposición⁷⁶.

Ilustración 3. Modelos de gestión de conflictos según distribución de poder entre las partes



⁷⁶Retomando el ejemplo laboral: la cercanía de una de las partes al patrono, que es quien decidiría el conflicto entre dos de sus empleados, hace que simplemente ella pueda imponerse a la otra sin acudir a su poderoso aliado.



En el mismo sentido y guardadas proporciones, el modelo adjudicatorio que se presenta como el imperio de la ley sería relativamente próximo del poder de imponerse por sí mismo que tiene la parte más poderosa. El más poderoso socialmente sería quien tiene mayores posibilidades de favorecerse de las decisiones judiciales porque, contrario a lo que suele pregonarse en los tribunales y en las facultades de derecho, por regla general, el modelo estatal de A de J no ofrece condiciones iguales para las partes, no garantiza los derechos a los débiles y, en suma, es una herramienta de legitimación y reproducción de las desigualdades sociales. Son los más poderosos quienes suelen tender a beneficiarse de los procedimientos, de las garantías y derechos procesales y de las decisiones que produce el aparato jurisdiccional y se sustentan en el derecho del Estado.

C. El litigio: Lucha de poderes desiguales

(#19) Queda claro que lo que busca el demandante es movilizar la capacidad coercitiva del Estado a través de la acción judicial para que el juez haga cumplir con una obligación legal que exige al demandado⁷⁷. Si el demandado participa de la competencia, procurará que la coerción no sea usada en su contra y, típicamente, argumentará que no tiene por qué cumplir la obligación reclamada. El juez debe dirimir esa contradicción prevalido de su capacidad de imponerse, lo cual implica una sucesión de tres acciones: la primera, es establecer si se dan las condiciones previstas en la norma, o el supuesto de hecho o el antecedente; lo segundo es ordenar que se aplique la consecuencia jurídica al caso concreto y; lo tercero, es la ejecución. Teóricamente la primera es esencial a la

⁷⁷Lo que se le pide al juez es que le ordene un comportamiento a alguien: “a menudo al juez no se le pide que decida sobre la norma que debió aplicarse, sino sobre lo sucedido, esto es, determinar la acción de alguien frente a alguien” (Peltason, 1974, p. 489)



actuación judicial dado que se define como el cotejo de la situación sujeta al proceso con la normatividad. La consecuencia jurídica, en teoría está en las leyes y la ejecución corresponde a otro poder del Estado.

Entonces, analicemos cómo el proceso judicial funge como un puente entre la prescripción de la norma y la realidad que se le somete. Ello suele ser leído como que la actividad del juez se reduce a la silogística judicial en la que el funcionario se limita a aplicar la ley (premisa mayor) al caso (premisa menor). Suponiendo que las leyes son neutras y que la interpretación no tiene una carga valorativa, simplemente ha de buscarse la normatividad que corresponde a la situación en examen para determinar si se han cumplido o preterido las normas correspondientes. La tarea del juez se muestra como una operación puramente lógica en la que se engranan el asunto en controversia y el derecho⁷⁸. El aspecto fáctico y el jurídico concurrirían por caminos distintos como algo objetivo y se pondrían a disposición del raciocinio del juez mediante el proceso⁷⁹.

Pero ese es un escenario de competencia que debemos ver desde otro ángulo. En línea con lo que venimos planteando, el proceso ha de ser entendido como una competencia entre propuestas de diferentes modos de incorporar un conflicto al discurso jurídico⁸⁰. Y

⁷⁸ Christie propone un ejercicio para mostrar que estos niveles de previsibilidad que proponen como el ideal de la actuación judicial están lejos de solucionar. Plantea el conflicto. Propone un ejercicio mental mediante el cual se supone que se monte un programa de computador con todas la variables para la pena, con atenuantes, agravantes, eximentes, y que el resultado sea informático, que lo pueda conocer el autor de la infracción, el abogado defensor y el fiscal y se pregunta: “¿Sin embargo, es tan obvio que lo que se necesitan son respuestas?; ¿es el resultado penal lo que tiene importancia en los procesos penales, o es el proceso?” (Christie, 1984, p. 78)

⁷⁹ “La tarea del juez consiste en escoger entre la variedad de reglas de diferente tipo aquellas que, a su juicio, se ajustan mejor al caso y en aplicarlas lógicamente de modo que resulten aceptables a los demás jueces, al público en general y a los litigantes” (Gluckman, 1972, p. 495)

⁸⁰Es una competencia por el discurso jurídico que merece mayor viabilidad ante el aparato judicial: “Desde los principios de presentación de las pruebas, la etiqueta de las salas de justicia y las tradiciones de recopilación de jurisprudencia, hasta las técnicas de la abogacía, la retórica de los jueces y los escolasticismos de la educación en las escuelas de leyes, ha de suscitar graves cuestiones para una teoría de la administración de justicia que, por citar un ejemplo representativo, considera que los hechos legales consisten en: ‘una serie de equivalencias entre



entender esa competencia implica que tengamos en cuenta lo siguiente. En primer lugar, los hechos jurídicos no existen, lo que tenemos son enfoques jurídicos sobre ciertos hechos. A partir de sus estudios transculturales, Clifford Geertz (1994) analiza la manera cómo el proceso judicial opera como método de representar jurídicamente una realidad concreta. El autor, parte de la base de que el aspecto jurídico de los hechos no está en la relación de los hechos mismos con una de las categorías propias del derecho, sino que son una forma de interpretarlos. Los hechos sólo pueden presentarse en estrados y en sentencias como una versión jurídica de los hechos. Porque el derecho al igual que los otros oficios, ciencias y artes, representa la realidad dentro un mundo en el que pueda tener sentido. El derecho es una manera específica de imaginar lo real que trasciende el conjunto limitado (aunque extenso) de normas, reglas, principios y valores jurídicos.

En segundo lugar, no hay dos ejercicios diferenciados entre representar los hechos e interpretarlos en la estructura jurídica. La representación de los hechos es jurídica desde un principio. (Geertz, 1994, p. 202). Guiados por el conocido antropólogo, podríamos decir entonces que el proceso tiene como finalidad la construcción jurídica de los hechos sobre los que ha de tomarse una decisión. No habría dos operaciones diferenciables entre la “reconstrucción” de los hechos y el silogismo planteado. Cuando se está incorporando un hecho en el proceso ya se le está dando un lugar en la estructura normativa⁸¹. Los hechos ingresan ante los actores procesales, y en el mundo del derecho, ya como hechos jurídicos. Es decir, entran interpretados. El estudio de los hechos es, de suyo, una labor jurídica⁸². En tercer lugar los hechos no llegan al proceso, son las pruebas

la configuración de los hechos y las normas’, en la que cada ‘situación factual puede ser equiparada a una norma entre varias’, o en la que ‘una norma particular puede ser invocada a partir de una selección de versiones opuestas de lo que sucedió”. (Geertz, 1994, p. 200)

⁸¹ Bourdieu argumenta en la misma línea: “El hecho de que la entrada en el universo jurídico implique la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico (...) determina que la entrada en el universo jurídico se acompañe de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que está en juego en el litigio” (Bourdieu, 2000, p. 186).

⁸² “Si las ‘configuraciones de hechos’ no son simplemente cosas localizadas en desorden en el mundo, y presentadas conjuntamente ante el tribunal, al más puro estilo ‘mostrar e informar’,



que los sujetos tratan de incorporar con alguna intencionalidad las que pueden ser conocidas e interpretadas en él. No importará lo que ocurrió sino lo que se probó y eso no es otra cosa que lo que se impuso como verdad dentro del proceso⁸³. La valoración de las pruebas permite colegir o no algún hecho jurídicamente relevante pero no puede perderse de vista que su incorporación al campo jurídico no constituye una acción neutral. Cuando el hecho se incluye en el proceso, ya se está estimando jurídicamente. No son dos raciocinios, aunque generalmente se presentan aparte. En condiciones típicas un juicio es la competencia entre dos versiones sobre la realidad. Pero las dos versiones son jurídicas y tratarán de prosperar, convirtiéndose en el substrato fáctico-normativo de la decisión. Son al mismo tiempo distintas versiones de los hechos y de verlas jurídicamente.

En cuarto lugar, esa competencia por incorporar los intereses en conflicto al campo jurídico se produce entre sujetos dotados de “competencias técnicas y sociales desiguales”; que disponen y movilizan recursos jurídicos de manera desigual; que exploran y se valen desigualmente de reglas “posibles”. Al interior del debate procesal hay una correlación de fuerzas en la que la desigualdad que allí se da en buena medida reproduce la que se da en la sociedad. Y la decisión reflejará esa correlación de fuerzas.

sino diagramas cerrados de la realidad que produce el propio proceso de equivalencias, entonces el fenómeno resulta un poco menos que un acto de prestidigitación” (Geertz, 1994, p. 201).

⁸³ Las entidades: No buscan por qué ocurren las cosas sino que ocurrió y las más de las veces, qué se puede probar. “La naturaleza esotérica de los procesos y de los discursos que se dan en los tribunales, así como el peso del procedimiento que precede al juicio, la actitud de los querellantes puede verse alterada por el papel tan insignificante que desempeñan en el juzgado y por el trato que allí reciben”. (Felstiner, Abel & Sarat, 2001, pp. 58-59)



D. El poder de los adversarios en el proceso

(#20) El proceso es una competencia entre actores que tienen poderes⁸⁴ desiguales en la realidad, para la cual se establecen unas garantías, que procuran una igualación formal⁸⁵. Veamos cuáles son los elementos que constituyen esa desigualdad para evaluar en qué medida inciden en el proceso y en las decisiones. Entre dos actores que tienen una situación de conflicto lo esperable es que haya un desequilibrio de poderes⁸⁶. Cuando un conflicto está regulado, las conductas conflictivas, como en el fútbol, están limitadas en su forma, en su contenido, en tiempo y espacio. Pero, claramente el rumbo que toma un campeonato no depende exclusivamente de lo que ocurre en la cancha. En el proceso judicial, está regulado lo relativo al escenario del proceso en cuanto a las audiencias, las etapas procesales, el lenguaje judicial y los referentes normativos como a las acciones conflictivas que proceden: cómo comunicarse con el juez y la contraparte, cómo se prueba, cómo se alega, cómo se recurre. Sin embargo, así como en el fútbol, no será más

⁸⁴ El poder en el conflicto siempre es relativo y se refiere a la capacidad de imponerse al otro. Para Kriesberg (1973), el poder es la capacidad de coerción que se tiene sobre el adversario. Para Boulding (1993), el poder tiene tres dimensiones: destructivo (la capacidad de dañar), constructivo (la capacidad de beneficiar) y afectivo (la capacidad de ser amado). Para Galtung (2003), el conflicto se define como lucha de poderes en que las partes pugnan por imponerse en perjuicio de otro, a partir del poder que tienen.

⁸⁵ Por ejemplo en los conflictos de género, pese a la igualdad ante la ley que se establece entre hombres y mujeres, la sociedad clasifica y jerarquiza en razón del género. Así, el poder en el mundo privado encubre el orden de género que no funda el derecho en el respeto de los derechos de las mujeres, sino que opera basado en relaciones de dominación masculina reproducidas en instituciones privadas como la familia. En este terreno (más en el privado que en el público) no se han definido zonas de seguridad para las mujeres, en consonancia con las relaciones de poder patriarcales existentes en la sociedad. (DBR)

⁸⁶ Sin embargo, para Kriesberg (1973, p. 83 y ss.) el conflicto sólo se transa cuando una de las partes tiene la esperanza de sacar adelante su interés o modificar la correlación de poderes en su favor.



que una formalidad decir que quien gana un campeonato es el mejor, hemos de considerar los diferentes factores de poder que se ponen en juego en un proceso y sólo una parte de ellos puede ser leída de manera directa en el escenario judicial.

Pierre Bourdieu dice que la lucha de poderes se presenta en cualquier situación social y, en específico, en cualquier conflicto. Allí, las personas compiten a partir de los diferentes capitales que ostentan: económico, cultural y social. El capital económico es el que es susceptible de convertirse en dinero, mientras que el capital cultural son los conocimientos que cuentan con reconocimiento en la sociedad: saber y status (Bourdieu, 2002, pp. 131 y ss.). El capital social son las posibilidades que se tiene de movilizar recursos de otros actores, a través de las redes a las que se pertenece: relaciones y confianza. El capital económico tiene distribución desigual a los capitales culturales y sociales dándose una permanente pugna por ganar posición.

Desde la perspectiva de este autor, la desigualdad de poder entre dos actores debe contemplar las diferencias que existen en todos los tipos de capital. Un empresario podrá ser favorecido con influencia en los círculos en los que se desenvuelven sus actuales o potenciales clientes o empleados y a encontrar mecanismos de proyección hacia dimensiones más amplias de la sociedad. El capital cultural se objetiva en las obras (libros, cuadros, etc.) que se han producido pero también de los títulos que certifican algún saber. Con unas y otros se puede obtener posición. El capital social se define como la posesión estable de relaciones que permite que un actor vehiculice en su beneficio los recursos que tienen otros actores que están en su red. De modo que, cuanto más capital (económico, cultural y social) tienen los integrantes de la red de un actor y más disposición hay, él más capital social tendrá. (Bourdieu, 2001, pp. 136-150). Aunque todos compiten desde los capitales con los que cuentan, tiende a haber coincidencias de los tres capitales en las mismas personas y los mismos que son poseedores de un capital contarán con condiciones favorables para acceder a los otros dos tipos de capital.

“ Así el capital económico es directa e inmediatamente convertible en dinero, y resulta especialmente indicado para la institucionalización en forma de derechos de propiedad;



el capital cultural puede convertirse bajo ciertas condiciones en capital económico y resulta apropiado para la institucionalización, sobre todo, en forma de títulos académicos; el capital social, que es un capital de obligaciones y "relaciones" sociales, resulta igualmente convertible, bajo ciertas condiciones, en capital económico, y puede ser institucionalizado en forma de títulos nobiliarios". (Bourdieu, 2001, p. 135)

Es con esa lógica que predominantemente hablamos de desigualdad en las sociedades contemporáneas. La riqueza y la pobreza son categorías que se marcan desde los tres terrenos. Los más ricos en bienes económicos generalmente son los mismos que tienen más prestigio y más relaciones influyentes. En el campo social la competencia es desigual. En los conflictos hay actores desiguales. En adelante llamaremos pudientes a los actores que tienen más capital social, económico y cultural que otros.

Los pudientes en el conflicto lo serían en tanto cuenten con el tablero social inclinado a su favor. El discurso imperante en el mundo jurídico es que el escenario judicial transforma ese desequilibrio entregándole igualdad de condiciones a las partes y garantías mediante los abusos de cualquiera de los actores o del operador que pueden ser evitados o reprimidos. En esta obra venimos arguyendo que el sistema de adjudicación legal es determinable por el poder de los actores. Con lo cual, el proceso judicial tendería a inclinarse en sus decisiones por el actor más poderoso en el campo social. No lo decimos con originalidad. Desde hace décadas la sociología jurídica tiene la pregunta sobre en qué medida el sistema de representación abogadil, de garantías, derechos procesales y de decisión por un funcionario permanente del Estado, sujeto a Derecho, contrarresta las desigualdades sociales.

Los Adversarios

(#21) Las partes en un conflicto jurídicamente relevante podrán acudir ante un juez mediante un apoderado con posición para actuar en el campo jurídico: un abogado. Como se formula, esta exigencia busca garantizar que las partes concurren al proceso en igualdad de condiciones al ser representados por concedores del sistema jurídico.



Vamos a ver en qué medida esta disposición produce ese efecto de igualación. Primero aparece Procusto reencarnado en el abogado, dado que el actor debe lograr que sus objetivos sean viables como pretensiones jurídicas. Como hemos dicho, para presentarse en estrados los intereses han de reformarse y dependiendo del poder de sus potenciales clientes, las pretensiones estarán más cerca de los objetivos profesionales o ideológicos del representante o los objetivos primigenios del representado. Si la relación abogado-cliente tiene principio es precisamente por un conflicto para el que se busca salida a través de la intervención del jurista⁸⁷. En muchos casos los intereses de las partes, dependiendo de la complejidad del conflicto, habrán de ponerse a un lado y por el otro, el proceso se ocupará de lo que es posible en el escenario judicial que funcionará según sus reglas⁸⁸.

Bourdieu llama la atención sobre la serie de capas que envuelven los intereses de las partes hasta convertirse en una necesidad jurídica. El hecho de convertir un interés en el objeto de una demanda no es una obra de la persona corriente sino del jurista:

“(...) que el paso de la queja desapercibida a la queja percibida, tipificada, y sobre todo imputada, supone un trabajo de construcción de la realidad social que

⁸⁷“Son también los profesionales quienes producen la necesidad de sus propios servicios constituyendo en problemas jurídicos, mediante su traducción en el lenguaje del derecho, problemas expresados en el lenguaje ordinario y proponiendo una evaluación anticipada de las posibilidades de éxito de las consecuencias de las diferentes estrategias; no cabe duda de que en su trabajo de construcción de las *disputas* se guían por sus propios intereses financieros, pero también por sus propias disposiciones éticas o políticas, principio de afinidades socialmente fundadas con sus clientes (se sabe, por ejemplo, que muchos *abogados* desalientan a sus clientes respecto a reivindicaciones legítimas contra grandes empresas, en materia de consumo particularmente) y en fin y sobre todo, por sus intereses más específicos, aquellos que se definen en sus relaciones objetivas con otros especialistas y que se actualizan, por ejemplo, en el propio recinto del tribunal (dando lugar a negociaciones implícitas o explícitas)” (Bourdieu, 2002, p. 195)

⁸⁸A comienzos de los noventa llamaba la atención de la relación desmovilizadora que establecían los abogados representantes en relación con los movimientos sociales que acompañaban, dado que su gestión además de que muchas veces implicaba la desmovilización también significaba una moderación que desnaturalizaba los intereses más emancipatorios que podía haber en un conflicto social (Ardila, 1991).



incumbe, en gran parte, a los profesionales. El descubrimiento de la injusticia como tal descansa en el sentimiento de tener derechos (*entitlement*) y el poder específico de los profesionales consiste en la capacidad de revelar 'los derechos y, de paso, las injusticias o, al contrario, en la capacidad de condenar el sentimiento de injusticia fundado únicamente en el sentido de la equidad, y, así, desanimar la defensa judicial de los derechos subjetivos, en suma, se trata de la capacidad de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en algunos casos, de ampliarlas o desalentadas en otros. (Bourdieu, 2002, p. 194).

La transformación del interés del actor en pretensión judicial al mismo tiempo lo convierte a él en un cliente de un profesional porque en esa transformación pierde su autonomía para gestionarlo. Cuando se tiene una pretensión sólo un sujeto titular en el campo jurídico puede actuar. Entonces, optar por la regulación judicial conllevaría la renuncia a gestionar los conflictos por sí mismos (por negociación o la fuerza), dado que los intereses son reducidos a causas judiciales y, en tanto tales, se someten a las relaciones de poder existentes en el campo jurídico. Y ese campo se caracteriza por el acceso restringido a ciertas personas que tienen el monopolio de producción y comercialización de los servicios jurídicos. Un campo que tiene un mercado que, como quiera que se somete a las mismas reglas que cualquier otro, cuenta con sistemas de intervención: limitación en la oferta –restringiendo el acceso a los estudios de derecho, o limitando la obtención de la calidad de abogado- o ampliación de la demanda –promoviendo la juridización de nuevos conflictos o requiriendo nuevos recursos financieros para pagar el acceso de sectores más amplios.⁸⁹

Logrado esto, el jurista, dependiendo del capital social y cultural de su cliente, tenderá a sustituir al actor dentro del conflicto y a desplazar (desapareciendo o trivializando) los intereses por las pretensiones en el proceso. Tiende a darse una

⁸⁹ Esa dinámica de intervención en el mercado encuentra en el planteamiento de Bourdieu un buen ejemplo con el derecho laboral: “A medida que un campo (...) se constituye, un proceso de refuerzo circular se pone en movimiento: cada progreso en el sentido de la ‘juridización’ de una dimensión de la práctica engendra nuevas ‘necesidades jurídicas’ y, por consiguiente, nuevos intereses jurídicos en aquellos que, estando en posesión de la competencia específicamente exigida (el derecho del trabajo en el caso que nos ocupa), encuentran un nuevo mercado” (Bourdieu, 2000, p. 194).



operación mediante la cual los actores del conflicto al convertirse en clientes de un intermediario renuncian a gestionar sus conflictos por sí mismos (por negociación o la fuerza), los intereses se reducen a causas judiciales y, en tanto tales, se someten a las relaciones de poder existentes en el campo jurídico⁹⁰. Sólo si los representados cuentan con el capital social, económico o cultural suficiente, podrán garantizar el control sobre el proceso de modo que se ponga en su sitio al representante en cuanto al poder que ostentan en el conflicto, que se ubique el alcance de las pretensiones como contenidas en los intereses y los límites de la regulación frente a la controversia. Todo ello plantea un desequilibrio importante a las puertas de los juzgados: cuando surge de la intermediación abogadil, habrá actores que se podrán poner por encima mientras que otras estarán sometidas a lo que los abogados hagan y decidan. Veamos cómo se produce ese fenómeno y cuáles son los efectos que tiene sobre el poder de las partes y sobre sus derechos.

En la disputa tendrá que buscarse en primer lugar el papel que cumplen los abogados. Al fin y al cabo, ellos son los que salen al campo de batalla en nombre de sus representados y son los que esgrimen las armas en busca de la victoria para su poderdante. La labor de los abogados, por supuesto, tiene un componente técnico que le permite transitar dentro de los esquemas de regulación del conflicto dentro del campo jurídico. Entonces cobra el protagonismo la estrategia procesal y probatoria y los conocimientos que se ostenten y se apropien al caso. Habrá que mostrar destreza en el debate alrededor de la normatividad. No pueden dejar de tenerse en cuenta los desequilibrios que hay en el acceso a los recursos del campo jurídico. Bourdieu (2000, pp. 162 -195) parte de la consideración de que los conflictos se presentan como

⁹⁰ Y ese campo se caracteriza por el acceso restringido a ciertas personas que tienen el monopolio de producción y comercialización de los servicios jurídicos. Un campo que tiene un mercado que, como quiera que se somete a las mismas reglas que cualquier otro, cuenta con sistemas de intervención: limitación en la oferta –restringiendo el acceso a los estudios de derecho, o limitando la obtención de la calidad de abogado- o ampliación de la demanda –promoviendo la juridización de nuevos conflictos o requiriendo nuevos recursos financieros para pagar el acceso de sectores más amplios.



diferentes normas que compiten o diferentes interpretaciones de la normatividad que entran en competencia. Del mismo modo, las decisiones judiciales se presentan como el resultado de una interpretación que se hace, dentro del marco previsto por ellos, de unos textos unánimemente reconocidos.

Pero no sólo importa la técnica jurídica. Importa quién es el abogado y cuál es su posición dentro del campo jurídico. No sólo cuenta qué se pide, qué se propone y qué se dice. Una parte del capital cultural del abogado se podrá reconocer en la maestría con la que maneja sus procesos y sus intervenciones en él pero ella sola no define sus éxitos. El origen de clase, la universidad de la que es egresado, la empresa a la que está vinculado, lo que ha publicado, su visibilidad pública, sus relaciones personales, su vinculación con los operadores judiciales, todos ellos son elementos condicionan el éxito profesional que pueda tener. De otro lado, cuenta para quién se trabaja. Marc Galanter (2001) sustenta que el desequilibrio de posición de las partes ante los representantes y frente al proceso judicial está asociado con la frecuencia en la que se ven enfrentados a un litigio ante la judicatura.

A grandes rasgos vamos a mostrar cómo quienes tienden a ocupar una mejor posición frente al proceso judicial y a beneficiarse de él son los que venimos llamando pudientes. Eso se da en principio porque, volviendo a las categorías de Bourdieu, tienen la posibilidad de acumular capital (económico, social y cultural) por su condición de litigantes frecuentes⁹¹, como lo veremos adelante. Lo que sustenta el autor es que los pudientes tienden a ocupar el lugar de los litigantes frecuentes⁹². Tal condición les da un

⁹¹ En Estados Unidos los litigantes frecuentes suelen ser los más ricos y grandes. Aunque hay excepciones: por ejemplo los delincuentes frecuentes hacen también algún acumulado que les da ventajas ante sus contrapartes fiscales. (Galanter, 2001, p. 75)

⁹² Ciertas políticas públicas o dinámicas sociales pueden ocuparse de generar una especie de litigante frecuente para favorecer un interés colectivo (por ejemplo, la protección medioambiental o la defensa de la competencia mercantil frente al apetito empresarial desmedido de ganancias) o defender a los más débiles (por ejemplo en la defensa de las víctimas del expolio en la guerra). Con el problema de la inasistencia alimentaria se han construido oficinas en diferentes países, desde los centrales como los periféricos, para promover la



primer grupo de ventajas que podemos llamar mecánicas: pueden construir una memoria sobre los procesos (incluso archivos de casos y posiciones de los juzgados), se entrenan de un caso a otro y van generando cercanía y proximidad con los funcionarios. No se juegan el todo por el todo en cada caso, por tanto pueden obrar más estratégicamente y usar unos casos para impactar o disuadir, venciendo al otro con el cadáver (como el Cid). Del mismo modo pueden invertir recursos en construirse una reputación con divulgación de casos, promoción académica de sus posiciones y las reglas que les son favorables o, incluso, cabildeo que posibilite incidir de manera general en las decisiones. También pueden generar pericias para provocar errores en el otro y evitar decisiones judiciales en su contra, mediante formatos (Galanter, 2001, pp. 72 y ss.).

El profesor de Wisconsin, señala que la actitud de las partes en el proceso varía según quiénes sean los opositores (Galanter, 2001, pp. 77 y ss.). Cuando las dos partes no son litigantes frecuentes suele coincidir con la ruptura de una relación continua y de un proceso posiblemente complejo (#19, #20), más frecuentes en los espacios doméstico, productivo y comunitario. Las dos partes carecen de acumulados jurídicos, el esfuerzo procesal se reduce a la argumentación y el conflicto posiblemente sigue discurriendo por fuera del proceso. De modo que habrá menos interés en probar o en recurrir. Tarde o temprano se sentirá la necesidad de lograr que se alcance una decisión extraprocesal y si hay decisión del operador, muchas veces será la protocolización de los acuerdos extraprocesales que se alcancen.

Otra sería la actitud de las partes cuando las dos son litigantes frecuentes (dos compañías de seguros, el sindicato y su empresa, el contratista y el Estado). Tiende a ser reducido el número de casos que llegan a los estrados porque las dos partes tienen una lectura común de los márgenes dentro de los cuales se mueven las autoridades en los asuntos que los pueden enfrentar y el poder relativo con el que cuentan en caso de

persecución de quienes no cumplen con esa responsabilidad. En consecuencia, en muchos países, los presos por esta causa han pasado a tener números similares al de delitos como el patrimonio.



enfrentarse a un proceso judicial. En tales casos, el protagonismo lo suelen tener los propios litigantes que cuentan con sus departamentos jurídicos, por encima de los representantes. Frente a lo cual, el análisis de costo beneficio de un proceso judicial los compele a negociar o a poner en movimiento algún método alternativo de solución de conflictos. A no ser que uno de ellos sea actor estatal porque los controles políticos pueden presionar a que se vaya hasta la sentencia.

Galanter muestra que la mayor parte de los procesos judiciales en Estados Unidos se dan entre un litigante frecuente y un ocasional. Rara vez el pudiente (el banco, en asuntos de sus clientes; las compañías de servicios continuos como los celulares; la compañía de seguros en el pago de rescates o sumas aseguradas) es el demandado porque su poder suele ser suficientemente intimidante en los análisis de costo beneficio que hace su eventual contraparte. Lo más común cuando se demanda al pudiente es porque se espera que otro litigante frecuente (una entidad pública, un sindicato, una ONG) venga a apoyar al demandante y entonces el caso pasa al de dos litigantes frecuentes.

Entonces, el grueso de los asuntos que son tramitados ante las autoridades judiciales se produciría entre personas que no tienen vínculos entre sí, a partir de la demanda y las pretensiones de un demandante pudiente, que ha desarrollado un estructura burocrática para el litigio, por ejemplo el departamento jurídico de un banco, en el derecho civil, o la fiscalía en el campo penal. Cuando un actor de estos está la mayor parte de los casos son rutinizados, tanto para el operador de justicia como para el demandante. Unos y otros cuentan con formatos. Preventivamente, el litigante frecuente desarrolla protocolos que le dan posición favorable cuando se presenta el caso. Es en estos casos donde el litigante frecuente trata de que la cancha esté lo más desequilibrada posible y donde, al darse el litigio, despliega toda su capacidad que posiblemente se revierte como mayor acumulación de capital simbólico. Es más, la congestión judicial obra en favor del pudiente porque la demora en los procesos es una variable intimidante para el que se está jugando el todo por el todo frente a quien cada caso es sólo una



pequeña parte de su apuesta procesal. De hecho, el suplicio de un trámite largo de algunas contrapartes será un elemento desmotivante para continuar en otras y facilitará arreglos favorables al litigante frecuente en la mesa de negociación.

Pero, según Galanter, hay otro factor que contribuye a la posición comparativamente favorable que tiene el litigante frecuente: su representante. Que puede ser ventajoso por varias razones. De un lado porque la economía de escala les favorece en la contratación de servicios de calidad. Por ejemplo, pueden consolidar ofertas contractuales que les permiten vincular a los profesionales más calificados y posicionados. Además, los juristas pueden concentrar muchos recursos académicos, probatorios y documentales alrededor de unos pocos tipos de procesos. De modo que alcanzan una importante ventaja frente a abogados que están simultáneamente en asuntos de un espectro temático mayor. En esas condiciones, el abogado del litigante frecuente contará con que para su contraparte habrá siempre la tentación de ceder en los intereses de su cliente para no exponerse a un trámite extenso, en el que sus debilidades pueden incrementar sus propios costos y no sólo los de su representado (Galanter, 2001, pp. 81-85). Señala que también afecta el hecho de que los profesionales tienden a tener identidad con su cliente y sus intereses, alrededor de los cuales construyen verdaderas fortalezas argumentales, mientras que el otro tiende más a granjearse un lugar ante jueces a quienes acude para casos de muy diferente tipo. Entonces sus posiciones al lado de defensa de los intereses de su cliente serán mucho más flexibles.

Sólo una parte de los procesos son verdaderamente el torneo equilibrado entre campeones que hemos ilustrado para la época medieval. Aunque se cuida la apariencia de que se trata de una lucha entre adversarios con poderes similares, en la realidad, la mayoría de los procesos simplemente protocolizan, con apariencia de lucha entre iguales, la posición dominante de capitales con que cuenta el litigante frecuente⁹³. De

⁹³Entre los casos que se presentan entre dos partes que no frecuentan los estrados, por las razones que hemos señalado, una parte puede tender a la frustración precisamente porque se presentan en pugnas complejas o se dan en situaciones de relaciones continuas (arriendos,



modo que, en algún momento se producirá la decisión que consolide esa decisión, por sentencia, por una rendición con apariencia de conciliación, por allanamiento o la contribución a los intereses de la contraparte (como generalmente ocurre con el principio de oportunidad o la sentencia anticipada en el campo penal). La presentación de la demanda por regla general marca el inicio de una cuenta regresiva dentro de la cual los intereses del demandante se impondrán y lo que debe entender el demandado es que cuanto más tarde en someterse los costos serán mayores.

Quien decide

(#22) Un juez, es un tercero que adjudica, es un agente del Estado. Recogiendo lo dicho hasta aquí, ello significa (i) que su labor es una competencia (cargo o función) estatal diferenciada de otras estructuras de poder⁹⁴; (ii) que se rige por las normas legales y, como hemos dicho, (iii) se define como instrumento de seguridad jurídica y se dirige al sometimiento del asunto de conflicto a una norma que lo prevé en el ordenamiento jurídico⁹⁵, (iv) a través de un particular sistema de competencia entre las partes que dirige y decide en el que tiende a someterse a un esquema binario en el que

contratos, deudas) donde, como hemos visto, la capacidad regulatoria que tiene el proceso legal frente a los conflictos es muy limitada.

⁹⁴ Lo que cual logra darse en occidente a consecuencia de un conjunto de factores entre los que se cuenta la centralización en el conjunto de la administración pública, y por supuesto, la judicial, que sólo fue posible en la misma medida que se lograba la centralización de los instrumentos coactivos en instituciones militares y policiales únicas que van permitiendo diferenciar, de manera más clara que en otras sociedades, el derecho de los demás formas de normatividad de la sociedad.

⁹⁵ Para Kelsen el proceso jurídico aparece como una dinámica constante de producción de normas que derivan de su pertenencia al orden jurídico si alcanzan su existencia del modo previsto en una norma existente en él. Pueden crearse normas generales (principalmente mediante las costumbres y la acción de legislador) o normas particulares (principalmente a través de los contratos y la labor jurisdiccional). Las normas particulares que se produce judicialmente lo que hace es establecer una sanción luego de determinar si se reúnen las condiciones previstas en la norma general (Kelsen, 1992, pp.168 y ss.).



uno de los dos sale victorioso⁹⁶. Todos esos elementos, además de modelar el SJ, argumentan formalmente la neutralidad de los operadores frente a las partes. Si sumamos a esta caracterización las garantías y los derechos procesales no podemos poner en duda que el sistema judicial es el que más ha desarrollado condiciones para que la incidencia del tercero en el proceso se haga desde un punto neutral.

Sin embargo, gracias a su forma neutral, el proceso desactiva el conflicto que está realmente en juego⁹⁷: se convierte en una confrontación entre normas e intermediarios. Los conflictos parecieran perder su complejidad, se convierten en intercambio aparentemente equitativo de argumentos racionales dentro de unas reglas entre sujetos iguales y se tramitan por funcionarios que se ocupan de dar trámite a la parte “pública” de los conflictos sociales hacia soluciones que se pretenden imparciales porque aplican normas aparentemente desligadas del conflicto inmediato y con una pretensión metodológica que saca de la lógica política de los intereses antagónicos hacia la lógica pretendidamente “científica” de lo verdadero y lo falso, con la enorme ventaja de que las decisiones se toman contando con la aquiescencia de la parte perdedora, que muchas veces ha sido la primera en reconocerle eficacia a tales decisiones, al someterse a sus procedimientos.

Pero ello no garantiza que las dos partes enfrentadas cuenten con las mismas posibilidades ante su juzgador. Hemos de considerar que en el ámbito social en el que se produce el conflicto habrá un desequilibrio entre los capitales combinados de que cada sujeto del conflicto ostenta. El pudiente, además de que cuenta con más posibilidades de vehicular su capacidad de influir de manera directa en el proceso, tendrá más facilidad para comprender el proceso, controlarlo y ser el factor determinante en la relación con su abogado. A partir de ahí, vamos a sustentar que difícilmente los operadores de justicia

⁹⁶ El juez debe llegar a una decisión blanca o negra, culpable o no culpable, para el querellante o el defensor (Bourdieu, 2002, p. 192)

⁹⁷ Se despolitiza el conflicto, dice Bonafe-Smicht (1991).



podrán evitar ser impactados por ese desequilibrio y el proceso judicial tenderá a favorecer al pudiente.

En primer lugar, los jueces tienen un contexto, unos vínculos sociales, una escala de valores, una ideología, unas relaciones con las partes, aunque generalmente indirectas desde las cuales generan sus actuaciones y deciden⁹⁸. Bourdieu se detiene en los vínculos familiares, académicos y sociales que tienen los magistrados que determinan la forma que tienen de ver el mundo y las posibles orientaciones en sus ideas y sensibilidades (Bourdieu, 2000, p. 204). A ello quizás se suman los mecanismos de selección y promoción de los integrantes del cuerpo judicial, definidos, en su esencia por fuera del aparato jurisdiccional. Todo ello hace que los jueces en sus actuaciones tengan alguna permeabilidad a las dinámicas de poder en su contexto personal y en el del conflicto. Además, dependiendo de los casos que tramiten, suelen ser objeto de presiones externas directas o indirectas, de autoridades y formadores de opinión que influyen y hasta configuran muchas decisiones jurídicas. Sobre sus decisiones pueden buscarse explicaciones que se sustenten en un origen profesional, edad, ideología política, clase social, estabilidad laboral, etc. Con lo que se pone en un lugar muy marginal la posibilidad de que los jueces agencien intereses, valores y visiones del mundo contrarios a los dominantes de una sociedad.

En segundo lugar, no se limitan a encuadrar la información del caso a partir de referentes legales, como hace un computador con los datos sobre un programa

⁹⁸“De cualquier manera, es siempre la representación que el intérprete se hace de la finalidad de ordenación lo que le sirve de guía esencial en su búsqueda de las soluciones jurídicas, en persecución de una «completud» (*Vollständigkeit*) que, indudablemente, el texto legal no puede tener. Siempre es a partir de comprender un plan normativo, o sea, porque ello despierta *expectativas* de una regulación jurídica (más integral) fundadas en ese plan, cómo se diagnostican y luego son colmadas las «lagunas»: esto es, por una toma de conciencia de que el «material» de la reglamentación no debería «terminar» aquí, donde parece terminar. La norma se funda en juicios de valor. Pero como ella no es más que un *modelo* de reglamentación, en su texto no puede quedar fijada de antemano, de una vez por todas, la totalidad de los juicios de valor necesarios para la aplicación del derecho. Por eso se hace necesario recurrir asimismo a conceptos aportados por la doctrina, para alcanzar realmente el fin de la norma jurídica.”



preexistente (Christie, 1984). A las decisiones de los jueces se les tiende a ocultar el acto de creación jurídica que tienen: Los jueces toman la postura de lectores de la ley y excluyen posiciones proféticas. Aunque los actos y las decisiones sean completamente innovativos, siempre se acudirá al argumento de que lo se está es obedeciendo la ley. En principio no va reconocer y mucho menos a pregonar creatividad. Aunque, de hecho, su papel es “inventar” el derecho para el caso da a entender que su rol es simplemente el de ser instrumento del derecho. Se cubre los ojos para no ser visto, como hacen los bebés:

“...el juez es la simple boca de la ley: no piensa ni crea, expresa lo ya previsto y dispuesto. Y, con el fin de reforzar esa interpretación mecánica de la tarea del juez, la emparentan con la noción de imparcialidad judicial; es decir, si el juez sopesara interpretaciones posibles y optara por una de ellas, dejaría de ser imparcial. Ciertamente, en los hechos ocurre todo lo contrario: al no ser consciente de que está tomando opciones, el juez resulta escogiendo según sus propios prejuicios y según las influencias que recibe (...) es el legalismo –al cual, por esto se aferran tanto nuestros jueces- lo que, en definitiva, termina justificando la arbitrariedad” (Pásara, 1988, p. 141)

La realidad es que el juez dispone de una autonomía que varía según su posición y su autoridad dentro del campo jurídico, según sea su posición en la sociedad y dentro de la estructura judicial y su potencia argumentativa.⁹⁹

Esas diferencias de autonomía pueden ejemplificarse a partir de la posición dentro del aparato jurisdiccional, así no será igual la manera como administre la libertad

⁹⁹ Sobre los móviles intelectuales de las decisiones judiciales puede verse a Capella: “Aunque los razonamientos de los jueces y tribunales no son tan simples ni consisten en eso [la silogística] (el razonamiento de los jueces es de tipo reductivo o clasificatorio), aquí interesa destacar que una parte importante del estrato hermenéutico jurídico –el conjunto de cánones y reglas de interpretación de las normas; de principios, tópicos, juicios de valor aceptados gremialmente, doctrina académica, etc.- se formó durante mucho tiempo a partir de aquella suposición y dando por buena tal concepción del enjuiciamiento judicial. Así ha ocurrido, además, porque con la fuerza lógica del silogismo se afianzaba la idea de que la actividad de juzgar no es obstáculo para la realización de los ideales de certeza y seguridad jurídica. En realidad la salvaguardia de estos ideales no es el estatuto gnoseológico del razonamiento judicial sino la ideología de los magistrados y la lógica interna del poder judicial, determinada por su estructura jerárquica” (Capella, 1977, p. 145).



de interpretación que tiene un magistrado del máximo tribunal con la que tiene un juez de más baja categoría.

“El campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho, esto es, la buena distribución (nomos) o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social”. (Bourdieu, 2002, p. 169)

El juez, cualquiera sea su posición dentro del campo jurídico, argumenta siempre a partir de decir que lo que plantea no es otra cosa que lo que dice la ley, pero todos en alguna medida introducen elementos y crean. Este planteamiento se encuentra ampliamente presentado en Bourdieu (2000, pp. 172-177). El juez dispone de un buen conjunto de herramientas, como la interpretación restrictiva, extensiva o analógica o la distinción entre letra o espíritu de la ley, que le permiten acomodar las normas a las más variadas situaciones, y racionalizar jurídicamente *ex post* decisiones en las que el derecho no tuvo parte alguna.¹⁰⁰

En tercer lugar, los jueces suelen tener una información precaria de los casos a su cargo y ello les lleva a ser altamente dependientes de lo que arguyan las partes. El número de casos que tramitan suele ser muy alto, quedándole poco tiempo para conocer con suficiencia los elementos fácticos que se aportan al proceso y su sustento jurídico, con lo cual, es muy poco probable que se ocupen de generar un criterio propio y

¹⁰⁰ Germán Silva presenta un experimento realizado con un grupo amplio de jueces colombianos. A ellos se les pidió señalar la posición que tenían sobre un caso muy conocido en el país pero sin habersele dado acceso a la pruebas. Las posiciones en una u otra dirección fueron en un número más o menos igual. Al dársele a conocer las mismas pruebas, la sentencia que cada uno de los jueces preparó, confirmó su opinión anterior, nadie la cambió. Con el mismo paquete probatorio se sustentaron posiciones contradictorias que se habían fijado antes de estudiar el expediente (Silva, 2001). En estos análisis tal vez el trabajo precursor en América Latina es el de Pásara (1992) para el caso peruano. Una perspectiva más teórica para estos análisis puede verse en Santos (por ejemplo en 1998b: 208 y ss.).

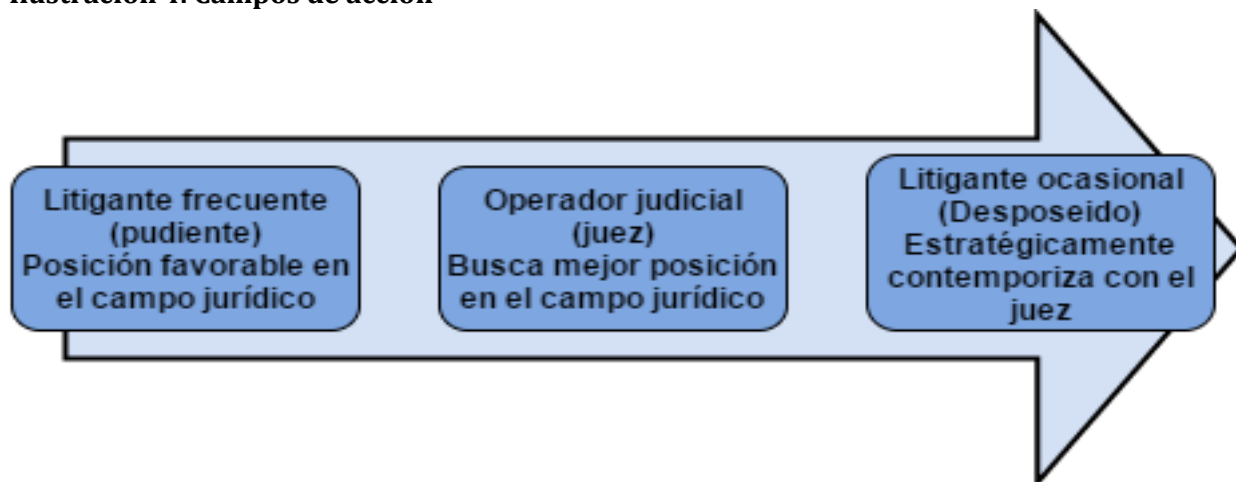


generalmente su versión tendrá que basarse (usualmente ocurre) en lo que proviene de las partes. Lo mismo pasa con los argumentos jurídicos.

“(…) Estas instituciones son ‘reactivas’ dando ventaja al demandante con información, capacidad de superar barreras de costos y habilidad para navegar entre requisitos procedimentales restrictivos. Son pasivas en el sentido ulterior de que una vez en el umbral, la carga recae en cada parte para proceder con su caso (...). Las partes se tratan como si tuviesen los mismos recursos económicos, oportunidades de investigación y habilidades jurídicas. Cuando, como sucede por lo general, no los tienen, entre más amplia sea la delegación a las partes, más grandes serán las ventajas conferidas a la parte más rica, más experimentada y mejor organizada” (Galanter, 2001, p. 85)

El operador debe abordar recurrentemente áreas jurídicas que le son desconocidas, o argumentos que le son ajenos porque su campo de acción se define desde unas competencias muy extensas, mientras que los litigantes pueden ser mucho más especializados en cualquiera de los temas que se le someten. Entonces, si es de esperar que las versiones de las partes sean opuestas entre sí, para tener coherencia el operador tenderá a plegarse a una de las dos versiones y a desconocer a la otra.

Ilustración 4. Campos de acción



Entonces, si aceptamos que la tendencia sería a plegarse a la que da al operador una mejor posición en el campo jurídico, tendremos que decir que muy factiblemente se acerque a la posición del pudiente, que tenderá a estar más estructurada dentro del proceso y contará con mejores condiciones de orden profesional para su viabilidad en el



campo jurídico¹⁰¹. Por esa vía, la tendencia se hace más perversa si se completa la línea con lo que hemos venido señalando y que la parte más débil, el abogado del litigante ocasional buscará contemporizar con la posición de los jueces y si éstos tienden a plegarse a la línea trazada por el litigante frecuente, entonces tendríamos que decir que desde una perspectiva amplia, a través del juez la parte débil se somete a la más fuerte.

RECAPITULANDO

En esta sección observamos que el SJ se origina y se vertebra en el torneo medieval que se concibió para asuntos en los que no hubiera complejidad en los conflictos ni continuidad en las relaciones. Durante la modernidad se ha establecido de manera generalizada como el sistema de gestión de cualquier clase de conflictos, haciéndose extensivo a asuntos en los que la complejidad exige una metodología diferente, con consecuencias lesivas para las relaciones y las personas que se le someten. Los estudios demuestran que los sistemas que favorecen la decisión consensual son los que más permiten la promoción de los intereses de la parte débil, dado que exige la actitud cooperativa de las partes. Sin embargo, el sistema judicial maneja los conflictos bajo reglas de juego en el que el operador impone la decisión con un argumento de que él

¹⁰¹“Por más que los juristas puedan enfrentarse a propósito de textos cuyo sentido no se impone nunca de manera absolutamente imperativa, ellos permanecen insertos en un campo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas que están en condiciones de resolver los conflictos ente los intérpretes y las interpretaciones. Y la concurrencia entre los intérpretes encuentra su límite en el hecho de que las decisiones judiciales no pueden distinguirse de puros abusos de autoridad política más que presentándose como el resultado necesario de una interpretación reglada de textos unánimemente reconocidos: como la Iglesia y como la Escuela, la Justicia organiza según una estricta jerarquía no sólo las instancias judiciales y sus poderes, y por tanto sus decisiones y las interpretaciones en que se fundamentan, sino también las normas y las fuentes que confieren autoridad a las decisiones”. (Bourdieu, 2002, p. 171)



puede estar en condiciones de desafiar al más poderoso de los actores e imponer el interés del derecho. Lo cierto es que, si bien el cambio de terreno puede favorecer a algunos actores débiles en cada conflicto, por regla general la adjudicación legal favorece al más poderoso.

Hemos visto que el proceso judicial se define como una competencia entre versiones de lo jurídicamente correcto y los hechos que se examinan. Esa competencia, que se presenta mediante pruebas fácticas y argumentos jurídicos, que versa sobre un hecho pasado que sólo puede determinarse como verdadero por una decisión judicial (que se somete a lo que hay en el proceso pero puede ser ajustada o no a lo que ocurrió en realidad) está sometida en realidad a una lucha de poderes en la que muy factiblemente se impondrá el más poderoso y convertirá su versión en verdad jurídica. Esos poderes son social y procesalmente desequilibrados y ese desequilibrio va a determinar cómo se decide cada caso. Los poseedores de capitales social, cultural y económico (pudientes) tienden a ser más poderosos en el escenario judicial.

Como los pudientes tienden a ser litigantes frecuentes, con lo cual desarrollan mecanismos de capitalización jurídica también: acumulan información técnica, hacen bancos de jurisprudencia que les favorece, posicionan su interés mediante eventos académicos y políticos. Con lo cual, normalizan su interés como decisión plausible de los casos. Además cuentan con un archivo de casos similares, conceptos técnicos, datos de expertos y suelen tener condiciones materiales, metodologías y recursos establecidos para reunir la información que permite convertir su versión en la más documentada le que “facilita” al juez tomarla como base de su decisión. Para la cual también cuentan con formatos elaborados. Adicionalmente, contratan a los juristas más especializados (también pudientes, en principio) para sacar adelante su interés. Mientras que la contraparte contrata a abogados “toderos” carentes del arsenal de sus contrapartes, que tenderán, a través del interés del juez, de depender de las posiciones de su contraparte. Pero, a su vez, su representado carecerá de los capitales necesarios para imponer su



interés y será el del abogado el que sale adelante¹⁰². Con lo cual, cuanto más poderoso sea uno de los litigantes, el tablero estará más inclinado.

Y el proceso, parecerá más un caso de matoneo al más pequeño de la clase que un torneo de campeones con cascos rutilantes.

¹⁰² Con este expediente, los grandes actores económicos logran imponer su interés utilizando su poder. En Colombia es conocido el manejo que se le dio a una decisión de la Corte Constitucional que exigía la devolución de lo pagado por ajuste monetario que no fuera por inflación. A quienes fuimos víctimas de la no devolución de la mayoría del dinero, nos tocó someternos a todo el capital jurídico acumulado y demandar significaba también casi la certeza de que el juez no desafiaría el poder también procesal del respectivo banco. Por eso generalmente el defensor le “recomienda” al acusado, declararse culpable y sobre esa base sustentar un buen trabajo porque “a pesar de la culpabilidad que daba hasta para una sanción más grave, se habría impedido lo peor”. Así el abogado quedará bien con su juez y con su defendido. El juez incrementa su estadística y el fiscal (en este caso, litigante frecuente) habrá logrado su fin.



III. Cambiar un vencedor por varios ganadores: modelos en la administración de justicia

(#23) Hemos visto que el sistema moderno de administración de justicia constituye una forma particular de organizar la conflictividad y su gestión en una sociedad también particular. Frente a los niveles de competitividad que se presentan en las relaciones que se estiman relevantes en este tipo de sociedad, se ha desarrollado una estructura jurídica sin precedentes que instrumenta la fuerza como herramienta de organización de la sociedad y de manejo de ciertos conflictos. El Estado subordina la administración de justicia a un paradigma de seguridad en el que los operadores judiciales enmarcan su actuación frente a las pugnas sociales en el uso de la coacción para presionar a todos a actuar dentro de las zonas de legalidad. Entonces, el aparato de fuerza, tras declarar su monopolio de la fuerza y la producción del derecho, se erige como garante de intereses determinables a partir de lo previsto por el orden jurídico frente a aquellos que trasgredan el orden. En tal sentido, el aparato judicial se organiza como una agencia estatal centralizada cuyo papel es determinar el derecho que está amparado por el orden jurídico, en cada situación de conflicto.

Con ello se ofrece un sistema que, de funcionar bien, daría certeza sobre los bienes sociales a los que se tiene acceso y el margen dentro del cual pueden darse las conductas. Siendo así, el aparato estatal de justicia se presenta como una herramienta



para dar seguridad en tanto hace funcionar una estructura normativa, sustentado en el uso monopólico de la fuerza en un territorio determinado. La técnica de resolución de los conflictos es la orientación de la fuerza que concentra al Estado en el amparo de un interés, en menoscabo de otro a cuyo titular se sanciona. La sanción se usa contra el contraventor porque ha violado el ordenamiento y se trata de dar seguridad a todos de lo que está previsto en la ley: se tramita la infracción, no el conflicto. Lo que al SJ le importa es el orden¹⁰³. De modo que cuando una persona acude a él, eso es lo que pide, que se haga valer la ley frente a su caso. De tal manera, que se deben deformar sus objetivos en el conflicto para que su asunto tenga cabida en el trámite procesal. Pero los conflictos suelen ser más complejos que las previsiones establecidas en las leyes estatales. Suelen regularse por normas que se sitúan en espacios estructurales que no son los estatales, el AJ sólo interviene en una parte menor de ellos sin beneficio, y en muchos casos en perjuicio de las relaciones sociales porque no entra a comprender el conflicto en su complejidad y a transformar las condiciones que lo definen.

Al ofrecerse el modelo como el sometimiento de los jueces a una ley producida sin relación directa con el caso en ciernes, el papel del juez es simplemente salir a tutelar los derechos, léase las normas, que la ley haya amparado. Sin embargo, ese planteamiento no es suficiente para comprender el modelo judicial de A de J. Podríamos decir que la actuación ante los jueces constituye la continuación de la competencia y los desequilibrios sociales, por otros medios. Tal técnica, si bien tiende a tener un recubrimiento ideológico fundado en un discurso de seguridad (jurídica) y

¹⁰³ “Si sólo se contempla la infracción, hay un concepto artificial e incompleto del delito, que responde a las abstracciones que responde a las abstracciones que tan acostumbrados nos tiene el derecho. Por lo tanto, la construcción dogmática del delito no resuelve, no ha resuelto, ni resolverá los conflictos y daños individuales, a veces sociales, inseparables de la infracción y, por ello, la falacia de las voces cada vez más fuertes de que ante las infracciones de ‘moda’ que solicitan endurecer las penas y criminalizar más conductas incluyéndolas en el Código Penal, olvidando, que la construcción dogmática del delito es incapaz *per se* de aproximarse a una ‘solución’ auténtica del daño y subsiguiente conflicto” (Sánchez Muñoz, 2009, p. 95).



de igualdad formal, tiene que ser leído como un escenario de confrontación donde las fuerzas de los actores se ponen en competencia. A pesar de logros indiscutibles que la hacen más eficaz que otros sistemas para proteger a la parte más débil en un conflicto, la administración de justicia, por diferentes mecanismos, termina, más allá de las formulaciones, siendo una proyección de los desequilibrios que se encuentran en la sociedad, en donde las partes tienden a acceder de manera desequilibrada a los recursos jurídicos porque participan de manera desequilibrada de los recursos sociales. Frente a lo cual, las decisiones judiciales, lejos de una neutra aplicación de la ley, son en realidad actos de creación y esa creación está condicionada por las estructuras sociales a las que el juez pertenece y tienden a someterle.

Con elementos críticos similares, Arnaud puntualiza que en este siglo se exige la reconversión del sistema moderno de administración de justicia. Para ello, toma distancia y propone abrirse a formas diferentes de la que predomina en la sociedad judicial occidental, analizada en extenso en este capítulo, e incluso revisar modelos abandonados por el sistema judicial moderno. Es en estos contornos de cambio que hemos de analizar las diferentes posibilidades que se encuentran en la justicia comunitaria. Las búsquedas que propone pueden hacerse en épocas pretéritas, como él sugiere, pero también en modalidades de JC existentes en diferentes contextos en la actualidad.

Plantea el profesor francés que es necesario que la A de J trascienda el paradigma según el cual se limita a interpretar las normas, aplicando textos legales en el sistema continental, o rastreando sentencias en el sistema anglosajón. Propone que el operador de justicia ha de retomar su viejo papel de creador del derecho, cambiando los modelos de intervención en los conflictos a través de la simplicidad que se impone desde las normas hacia la complejidad. Más que producir decisiones de gana-pierde, limitadas por las normas jurídicas, la administración de justicia debe replantear los problemas para, a través de proyectos, en los que interactúan con



diferentes sujetos implicados en ellos, buscar transformar la realidad en la que esos problemas se presentan (Arnaud, 2003, pp. 17-33)¹⁰⁴.

A ese llamado ha de responderse tomando en consideración la existencia de modelos de administración de justicia que van mucho más allá del que ha predominado en la sociedad occidental. Cómo lo señala Howard Zehr (2000) el sistema moderno, que tiene su culmen en la justicia penal, es sólo un paréntesis en la trayectoria de los sistemas de una de las regiones del mundo. Entonces es necesario examinar posibilidades que se encuentran incluso en la propia historia de los países centrales en el mundo occidental (Arnaud, 1990; Berman, 1996; Zehr, 2000; Hespanha, 1999) pero también examinar otras opciones, muchas de ellas comunitarias, que han estado relegadas por el paradigma globalizado de justicia. Con ese propósito desarrollamos una tipología que sirve para precisar los límites conceptuales de SJ occidental pero también para relacionarlo y diferenciarlo de los otros modelos.

Para lo cual retomamos dos categorías de análisis, ampliamente desarrolladas en este capítulo, como criterio de clasificación de los sistemas de justicia existentes en diferentes épocas y horizontes culturales y sociales: (i) mediante una tipología diferenciamos los modelos A de J según la finalidad con la cual interviene el operador. Dado que, como hemos visto, el sistema judicial tiene como finalidad esencial el cumplimiento de las normas legales, lo ubicamos en un extremo diferente de aquellos en los que la intervención se dirige a la solución de los conflictos. (ii) Mediante una segunda tipología, los modelos se diferencian según si el protagonismo lo tiene el operador o las partes. Hemos mostrado con detalle que el judicial es un sistema que ha tendido a contar con el direccionamiento del trámite y es titular de las decisiones, lo situamos en un extremo, mientras que en el otro ubicamos aquellos en los que la

¹⁰⁴Pompeus Casanova (1998) al analizar la transformación de las instituciones de administración de justicia de países muy diferentes en el lejano oriente, en Europa, América Latina y Estados Unidos habla del tránsito de la justicia normativa a la justicia organizativa.



marcha del proceso y el poder decisorio se encuentra en las partes. Es lo que hemos llamado el modelo mediado en sus dos versiones de conciliación y de mediación. Veamos comparativamente las implicaciones que tiene la cercanía que presenta un sistema de administración de justicia a cada uno de los extremos en cada uno de las dos tipologías.

A. El imperio de la ley o el tratamiento conflicto

(#24) La primera tipología se define por la finalidad a la que apuntan los procedimientos de administración de justicia donde diferenciamos dos modelos: *imperatorio* y *constructivo*. La finalidad que tiene la acción judicial la sitúa en el primer extremo de la gama de modelos de administración de justicia. Hemos visto que el sistema judicial se orienta de manera clara a garantizar el imperio de la ley aún a costa, como ocurre generalmente, del perjuicio combinado a los intereses de las partes. La finalidad se reduce a determinar si existe un comportamiento que se debe exigir a una de las partes. Frente a lo cual, el procedimiento ha de concluir obligándole a cumplirlo o a recibir un castigo por no haber actuado como le sería exigible. Entonces todo el trámite procesal se desenvuelve alrededor de si se produjo la situación, que Entelman (2002) denomina *infracción*, de la que derivaría la consecuencia jurídica prevista en las leyes. En el otro extremo tendríamos un modelo muy diferente, que denominamos *constructivo*¹⁰⁵, cuya finalidad se orienta a darle

¹⁰⁵ Casanovas lo denomina *derecho organizativo* en tanto las disciplinas jurídicas deben actuar cooperativamente con diferentes disciplinas organizativas en la regulación de los comportamientos y la gestión de los conflictos: "(1) El derecho se practica en espacios organizativos que configuran su conducta; (2) el derecho se desarrolla en lugares poblados por múltiples jurisdicciones organizativas, con pretensiones competitivas de especialización profesional; (3) el derecho sirve al mismo tiempo como contexto normativo y regulativo en cuyo interior operan las organizaciones". (Casanovas, 1998, p. 24).



tratamiento al conflicto arrojando un resultado combinado beneficioso para los implicados en él. Entonces la intervención en un caso a través de la A de J, tiene sentido para mejorar la calidad de vida de quienes participan en él.

El proceso imperatorio es maniqueo¹⁰⁶: trata de determinar quién obró ilegalmente. Hemos visto que la lógica de la infracción produce una competencia en la que cada una de las partes pugna para que la otra sea catalogada a través del proceso como la que estaba obligada al restablecimiento del orden (léase del sistema jurídico)) y, en consecuencia, obrar según el interés de la otra. El horizonte de seguridad en el que se inscribe el sistema conduce a una clasificación asimétrica de las partes (a lo que termina reduciéndose el interés de las partes) entre quien viola el ordenamiento jurídico y quien lo respeta. Con ese mismo horizonte, las decisiones que se toman, al restablecer el orden jurídico, amparan a aquellos a quienes presuntamente el incumplimiento de la norma afectó. El escenario, como se plantea es el del cumplimiento de las normas jurídicas. En esta modalidad de administración de justicia el conflicto no existe, ni siquiera las partes y sus intereses. Lo que hay que hacer es analizar en tiempo pretérito si se violó o no una norma para que el aparato de justicia entre a operar en busca de que el imperio de la ley se garantice.

El proceso en el modelo constructivo, al ocuparse de la mejoría en la calidad de vida de los implicados, no clasifica a las partes, simplemente toma en consideración el conflicto y dentro de él, sus intereses y sus conductas junto, con el contexto con el que se determina mutuamente. No se ocupa de declarar vencedores ni de proferir condenas sino de buscar salidas¹⁰⁷ y, en lo posible, soluciones a los problemas, en alta

¹⁰⁶Arnaud lo cataloga de binario en tanto sólo da dos opciones: o ganas o pierdes.

¹⁰⁷Guerra Curvelo (2002, pp. 203-204) muestra como la lógica en la justicia Wayuu, comunidad indígena colombo -venezolana se dirige a beneficiar a las partes: "La decisión de un juez <occidental> siempre supone la existencia de un ganador y un perdedor. En contraste en un acuerdo entre grupos familiares wayuu, ambos son ganadores: quienes reciben la compensación aumentan sus bienes y sientan un precedente que debe ayudar a preservar la integridad física y moral de sus miembros en el futuro; quienes la entregan no sólo obtienen la



medida definibles pero no plenamente comprensibles desde las normas jurídicas¹⁰⁸. Siendo así, el procedimiento busca analizar sus conflictos desde diferentes enfoques y construir desde diferentes actores decisiones que conduzcan a una situación más favorable para el conjunto humano afectado por el conflicto, construyendo bien una solución, en donde ella cabe, o al menos una regulación que facilite la convivencia cuando el conflicto no es solucionable con una intervención. Lo cual necesariamente debe llevar a gestionar el conflicto más allá de su dimensión jurídica estatal, más allá del derecho ciudadano y tomando en consideración la normatividad de los diferentes espacios estructurales que se vean implicados en un conflicto.

En términos generales, el proceso imperatorio se ocupa del pasado. Las partes utilizan la mayor parte de sus esfuerzos y recursos en el intento de convertir en verdad oficial la propia versión de hechos pretéritos, indispensable para lograr sus objetivos en el proceso. La decisión básicamente se ocupará de definir cuál es la verdad válida ante el sistema jurídico. La metodología de análisis y de gestión de los casos será similar a la de los historiadores. Entonces aquí hay una gran diferencia entre los dos modelos dado que al procedimiento imperatorio lo ocupa la pregunta esencial acerca de *qué pasó*, mientras que el modelo constructivo se cuestiona sobre esencialmente sobre lo *qué pasará*. Allí la determinación de la verdad, sin dejar de ser importante y en algunos casos es factor de constructividad, cede su centralidad a la construcción de una ruta viable para que el conflicto sea superado o que su

paz con sus vecinos sino que adquieren prestigio al situarse por dentro de las reglas de juego existentes en su sociedad, lo que les permitirá exigir compensaciones similares cuando uno de sus miembros sea afectado”.

¹⁰⁸Luis Pásara, al analizar la labor de jueces y fiscales penales en América Latina, habla de la necesidad de superar el fetichismo jurídico: “Se debe pasar del uso de la ley como fetiche. A su manejo como instrumento. El objetivo del sistema de justicia no es ‘aplicar la ley’ –como se repite mecánicamente- sino, precisamente, administrar justicia. Cuando la aplicación textual de la ley produce un resultado alejado de la justicia, el juez o el fiscal no pueden encogerse de hombros, pretendiendo que la responsabilidad de un resultado socialmente réprobo no es suya” (Pásara, 2010, p. 389).



tensionalidad se transforme de manera rotunda¹⁰⁹. Entonces el tiempo del proceso será el futuro. La calidad de las decisiones que se produzcan se asociará con el impacto que produzca en la calidad de vida de las partes y de la comunidad en su conjunto. Por ello, el análisis y la gestión procurarán alejarse del efecto Procusto visto más arriba y exigirá enfoques y acciones desde diferentes ángulos¹¹⁰. El proceso buscará comprender y transformar el conflicto para beneficio de las personas implicadas y la comunidad en su conjunto, que reclama una gestión que trascienda la jurídica hacia otras dimensiones de las realidades humanas. Al decir de Arnaud (2003, p. 25), a propósito de los jueces, el jurista debe replantear el sentido del proceso:

"La función de juzgar es igualmente transformada por un nuevo modo de producción de la decisión judicial, utilizado de manera no sistemática por un cierto número de magistrados, en razón del interés que presenta, pero analizado en teoría de manera sistemática por investigadores. Se trata de una *decisión compleja*. La decisión compleja no consiste, en efecto, solo en una operación de nivel superior: la escogencia de una vía óptima. La decisión compleja resulta de la conjunción de tres operaciones sistemáticas: 1) La construcción de problemas; 2) Su proyección bajo la forma de planes de acción; 3) La selección de la decisión "acertada", en el sentido de la solución "más satisfactoria".

¹⁰⁹A modo de ejemplo podemos retomar la justicia wayuu del norte de Colombia: "En el sistema occidental algunos aspectos de la vida cotidiana no se someten a decisiones judiciales, y en estricto sentido de justicia se busca aislar los intereses en pugna del contexto social en el que se dan las relaciones entre los querellantes. En las sociedades indígenas es muy difícil aislar las disputas de otros aspectos de la vida social de los grupos familiares enfrentados porque en éstos -especialmente en los relacionados con las competencias por posiciones políticas- puede hallarse el trasfondo real que los ha conducido a la contienda" (Guerra Curvelo, 2002, p. 204)

¹¹⁰La complejidad nace también por las intrincaciones que pueden existir, en un mismo nivel, entre personajes específicos de diferentes niveles. Así el subsistema de construcción de los problemas puede comprender, a título de ayuda a las partes, los sindicatos, los movimientos de lucha y los grupos de interés, los colectivos de defensa, los comités de reflexión y de practica de base -cuando no son partes ellos mismos-. Estos últimos, a decir verdad, tienen una doble vocación, pues forman, igualmente, en parte, el subsistema de concepción de los planes de acción, con los centros de investigación, los estudios de abogados y oficinas de litigantes, todos los especialistas cuyo oficio es el de ayudar a la decisión jurídica.



De aquí deriva una diferencia fundamental entre los dos modelos. En el modelo imperatorio las pruebas son lo fundamental porque se trata de sacar adelante una versión de la verdad. En el modelo constructivo lo importante son las estrategias que conducen a transformar la realidad del conflicto¹¹¹. Mientras que las armas del torneo medieval devinieron en las pruebas mediante las cuales se puede vencer a través de una sentencia que declara un vencedor, la justicia constructiva articula estrategias en un proyecto¹¹². Y es ese proyecto el objeto de la justicia constructiva, a través de él se comprometerá al conjunto de actores implicados y requeridos para transformar positivamente la realidad del conflicto.

Veamos una síntesis esquemática de comparación entre los dos modelos

Tabla 1. Comparación modelo imperatorio y modelo constructivo.

	Modelo Imperatorio	Modelo Constructivo
Finalidad del proceso	Imperio de la ley	Calidad de vida en sociedad
Objeto de intervención	Incumplimiento de la ley	Un conflicto
Actores	Cumplido/incumplido;	Implicados

¹¹¹ "Las decisiones no existen más que por el objeto que ellas persiguen. En este estadio de la concepción, se elaboran "planes de acción intencionales, o estrategias posibles", susceptibles de suministrar soluciones al problema tal como ha sido formulado en la etapa precedente. Al tercer nivel pertenece la escogencia de la decisión, en función del carácter "satisfactorio" del plan de acción adoptado en relación con los otros que serán al tiempo rechazados, aquí conviene vincular el acto de quien decide a los fundamentos epistemológicos de esta aproximación de la decisión por su complejidad." (Arnaud, 2003, p. 31)

¹¹²"El conocimiento no es entonces más que el de un objeto y de su objetividad, sobre el cual se han obnubilado hasta ahora no solo los juristas dogmáticos, sino aun sus críticos. Lo que prima, en adelante, es el proyecto. Si hay sujeto y objeto, es la interacción entre uno y otro lo que focaliza la atención del investigador comprometido en un análisis de la complejidad de las relaciones jurídicas. Solamente interesa el proyecto de acción que es susceptible de emerger de esta dinámica. El conocimiento deviene de un proyecto, lo que se llama principio de proyectividad." (Arnaud, 2003, p. 29)



	infractor/víctima	
Objeto de la decisión	Un hecho pasado	El futuro de los implicados y la vida en común
Actividad procesal	Competencia de versiones	Análisis del conflicto
Verdad de los hechos	Determinarla es esencial	La veracidad ¹¹³ es necesaria
Insumos	Armas: Pruebas	Instrumentos: Estrategias
Decisión	Sentencia: Condena	Proyecto, plan de acción ¹¹⁴
Norma jurídica	Base de la sanción	Orienta las acciones futuras
Método referente	Historiógrafo	Ingeniero

¹¹³Entendiendo que hay una diferencia entre verdad y veracidad. La primera se asocia con la pretensión de coincidencia entre la realidad y lo que se afirma, que procesalmente corresponde al juez determinar, mientras que la segunda, reconociendo que hay diferentes versiones importa tener en claro sobre lo que se está interviniendo desde una actitud sincera de las personas implicadas, aunque no sea definitivo optar por alguna de las versiones.

¹¹⁴Arnaud, es exigente en términos de la producción de las decisiones en los conflictos. Según él, el proyecto ha de construirse, sin rigidez, mediante la convergencia de los diferentes análisis y estrategias entre las que una será la jurídica. “La conjunción de esos subsistemas forma el sistema global de decisión compleja, y esta conjunción sola la forma. Así, soluciones que serían suministradas directamente por órganos que actúan al nivel de la construcción de problemas o en el de la concepción de los planes de acción, no tendrían el carácter de decisión, incluso si ellas tuvieran esta apariencia, una modificación de las experiencias; inversamente, una decisión adoptada en el estadio de la escogencia de acción no es decisión compleja más que cuando es el desenlace de la acción de los subsistemas precedentes. Lo que sucede con mayor frecuencia, actualmente, tanto en la línea política como en la línea judicial de los tomadores de decisiones de derecho, es que las decisiones son adoptadas oficialmente en ese subsistema de selección de las decisiones como si se tratara de todo el sistema entero” (Arnaud, 2003, p. 32). Difiere sin duda del procedimiento recurrente en entidades administrativas donde el asesor jurídico opera como un sujeto con capacidad de vetar lo que se ha construido previamente. Allí no opera en equipo sino línea que se parece más a la montaña de Sísifo.



Obviamente las disciplinas jurídicas (civil, penal, laboral, etc.) no coinciden entre las diferentes culturas. Entonces, no es dable proponer la aplicabilidad del modelo constructivo según esas disciplinas independientemente de la diversidad cultural. Las sociedades occidentales que, como dice Zehr, ahora están recuperando los lentes que les permiten ver los problemas de la justicia imperatoria, vuelven los ojos hacia justicias que pueden ubicarse en el modelo constructivo. Jennifer Llewellyn, (1999) desde sus trabajos sobre la justicia restaurativa, explora las potencialidades del modelo en un amplio espectro de las relaciones jurídicas. A partir de la autora diremos que lo importante es ocuparse del conflicto sin atender las denominaciones legales que cabrían ni clasificar a las partes. Sobre todo porque hemos argumentado ampliamente sobre que no tendría mayor sentido centrarse en las disciplinas jurídicas cuando el conflicto versa sobre lo que llamamos conflictos complejos o relaciones continuas.

Es valiosa la exploración que hace la autora en las disciplinas laboral y de familia, por tratarse de áreas donde más complejos tienden a ser los conflictos y las relaciones se caracterizan por ser continuas. En el derecho laboral, lo de menos son los asuntos relacionados con la terminación de la relación. En lo que se podrán tener resultados comparables con la justicia imperatoria (aunque con algún efecto mejor en cuanto a relaciones interpersonales y de pronto algunos réditos extraeconómicos). Lo interesante es que con este modelo se puede penetrar en la continuidad de la relación laboral. De modo que para adelantar el trámite constructivo no le toque a la parte más débil (subalterno) renunciar a su empleo o someterse a una guerra de largo alcance. Llewellyn (1999, pp. 30 y ss.) muestra como, por ejemplo, se pueden lograr impactos preventivos en cuanto a acoso laboral o sexual entre muchos otros casos de conflicto interpersonal.

Llewellyn penetra también en el derecho de familia a partir del llamado hecho recurrentemente por autoras feministas en el sentido de que las asimetrías de género



reinantes en la sociedad se proyectan en el proceso judicial¹¹⁵. Entonces se requeriría que el Estado se enfrente con él en el proceso para que haya alguna posibilidad de éxito en un proceso en el que trata por igual a ambas partes, además que el poderoso tiende a convertir los espacios de interlocución ente las partes en oportunidades para ejercer su poderío¹¹⁶. La autora plantea que el modelo restaurativo es el mejor camino para manejar asuntos de familia porque posibilita que emerjan y sean tratadas las diferentes dimensiones del conflicto, empezando por la emocional. Adicionalmente, llama la atención sobre las posibilidades que abre el proceso constructivo en la medida que, al considerar siempre la dimensión comunitaria de los conflictos, permite el concurso de diferentes actores para producir decisiones pertinentes y la presencia de actores incidentes en el conflicto para darle sostenibilidad a las decisiones más allá del proceso.

La exploración que hace la autora pasa por otros campos como el del derecho de los derechos humanos y el postconflicto, de especial interés para Colombia y que será objeto de detenido análisis en el último capítulo de esta obra. Sin embargo, en el área del derecho occidental en donde ha desarrollado este modelo constructivo una mayor elaboración es la del derecho penal donde se viene denominando modelo restaurativo y que analizamos a continuación.

¹¹⁵Bodelón propone tres dinámicas sexistas que se proyectan en la administración judicial de justicia. A partir de Alda Facio, plantea las generalizaciones que se hacen sobre los sexos para sustentar decisiones desiguales; a partir de Osborne, destaca la permisividad de los tribunales ante comportamientos machistas que se escudarían en una idea de normalidad que establece la desigualdad y; a partir de Eaton, el uso de argumentos atenuantes o agravantes de la conducta de una mujer, sobre la base de su adecuación a la que debiera ser la forma de vida de una mujer en su familia (Bodelón, 1999, pp. 94-100).

¹¹⁶ Con la justicia imperatoria no tiende a ser diferente. Encarna Bodelón muestra como los patrones de igualdad ante la ley solapan la posición social desigual que se proyecta en el proceso sino también una cultura jurídica que, con discursos de objetividad y neutralidad del operador, sencillamente propician, reproducen y refuerzan las desigualdades de género que tienden a ser invisibles en los tribunales. Muchas de ellas asociadas con roles femeninos vinculados a la reproducción (Bodelón, 1999).



B. Retribuir o restaurar

(#25) El procedimiento y la sanción penales significaron la consolidación del sistema imperatorio en el ámbito penal que se conoce con el nombre de *justicia retributiva*. Dice, Beccaria, con un argumento a no dudarlo calcado de Hobbes, “Así adquieren los ciudadanos aquella seguridad de sí mismos, que es justa porque es el fin que buscan los hombres en la sociedad, que es útil porque los pone en el caso de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho” (Beccaria, 1988, p. 32) y redondea más adelante su visión del orden: “¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas” (p. 105). La norma penal define el límite de lo que venimos llamando las zonas de legalidad. Con lo cual se llegó a poner contén a la arbitrariedad de gobernantes y jueces porque “Cualquiera acción no comprendida dentro de los límites señalados no puede ser llamada delito o castigada como tal” (p. 36).

Howard Zher describe como occidente ha venido aplicando un paradigma de justicia retributiva. Según él, se define determinados conflictos como crímenes, los cuales varían de acuerdo al contexto cultural, el tiempo y espacio. Una vez un conflicto entra en el sistema penal se aplica el lente correspondiente: la ofensa deja de ser contra una persona específica y se considera que es contra el Estado, y es él quien tiene el poder de determinar la responsabilidad y el castigo: “El castigo, no la resolución o el acuerdo, es considerado el resultado adecuado” (1995, p. 89). Para ello, los resultados (castigos) son impuestos con muy poca participación de las personas afectadas (víctima – ofensor).



La definición previa por el legislativo de las conductas que se proscriben y los procedimientos legales para castigar a alguien por ellas, se estableció como una garantía frente al poder coactivo del Estado. El sistema penal no cumple con la finalidad de resocializar sino que estigmatiza y al hacerlo reproduce y multiplica el fenómeno delictivo (Gordillo Santana, 2007, p. 114) y entonces retorna al modelo retributivo (hoy predominante) como garantía de protección de los derechos. Con ello se viene imponiendo la lógica de que incrementando las penas en su formulación y ejecución, se protege más (pp. 124-126). A la diosa de la seguridad colectiva se le sacrifican libertades ajenas¹¹⁷ (p. 174).

En el terreno penal es donde el modelo imperial ha mostrado de manera más clara los aspectos críticos que venimos desarrollando en este capítulo. Si el orden de las sociedades modernas se produjera a partir de la seguridad sobre la norma que se exige desde el Estado, las normas para el crimen definirían de manera contundente, a través de las sanciones más severas (la prisión y la pena de muerte) que quien altere el orden recibiría la potencia coactiva del Estado. Pero, al comparar los niveles de violencia social tan superiores en un país como Estados Unidos que tiene la cuarta parte de los presos del mundo (aunque su población es apenas el 5% del total mundial frente a su vecino Canadá (que con 1,7 homicidios por 100.000 habitantes en 2012, tiene las cuotas más bajas de violencia del mundo)¹¹⁸, se pone en duda que la sanción

¹¹⁷Judío, hereje, turco, sudaca, comunista, drogadicto: no faltará a quien sacrificar para recrear los *nosotros* excluyentes desde los que se podrá derramar la sangre que sea necesario en el altar de los tribunales penales.

¹¹⁸ La tasa de encarcelados por cien mil habitantes se puede comparar en 2015 es: USA, 751; Rusia, 627 mientras que Inglaterra (151), Canadá (118) y Alemania (88) y Japón (63) muestran otra tendencia en el manejo del crimen sin que se vea deteriorada la seguridad de tales países. Brasil (289) y Colombia tienen las tasas más altas de Suramérica. Véase: International Centre for Prison Study: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All. Todos los países, han incrementado en un 50% la tasa de encarcelados si comparamos los datos de hace cuarenta años. "No hay una conexión inevitable entre el volumen de crimen y de castigo" (Christi, 1984, pp. 42 y s.).



penal sea una herramienta adecuada para producir orden. Es más, en cualquiera de los países occidentales las estadísticas de denuncia son poco favorables a la idea de que el sistema penal ampara a las personas.

Pero es aún más precaria la respuesta estatal. El número de casos en los que se produce condena a los responsables transmite que en el Estado se hace poco más que llevar un registro del crimen en nueve de cada diez casos. Paradójicamente la población que puede entrar en el crimen no logra disuadirse¹¹⁹. Estos datos son especialmente dramáticos si se cotejan los datos relacionados con el narcotráfico. Es precisamente la época en la que arrecia la prohibición cuando se incrementa la criminalidad en este campo, precisamente porque el negocio aumenta su rentabilidad, por efectos de la prohibición y de la persecución. Y el número de presos (que llegó a ser en Colombia de un tercio del total, cuando tenemos más de doscientos tipos penales) ha sido proporcional a las pingües ganancias de los carteles. En el otro extremo del espectro, delitos de tan graves lesiones como la violencia sexual tienen un nivel de impunidad de 99,8%, no sólo por la incapacidad de la autoridad sino también porque en las víctimas y la comunidad no resulta aceptable ni el procedimiento ni las sanciones (García & Espinosa, 2013, pp. 245 y ss.,).

Situación correlativa se observa con los derechos de las personas que se enfrentan a un proceso penal. La percepción recurrente de que el proceso trae muchos inocentes condenados y muchos culpables impunes se corrobora también en los datos que siguen. Obviamente, la fiscalía (litigante frecuente) suele tener éxito en la obtención de las condenas de las personas que lleva a juicio pero muchas veces es a expensas del sentimiento de impotencia del imputado que ante la certeza de que,

¹¹⁹Zehr muestra que por ello, “para muchos el crimen puede ser un camino para tener una sensación de control de la cual carecen” (2000, p. 53) “Para que la disuasión funcione las personas tiene que creer que sus acciones se basan en sus decisiones que a su vez afectan lo que les suceda” (p. 54). Zehr da el ejemplo de jóvenes delincuentes quienes han crecido viendo cómo la policía arresta a personas inocentes y culpables por igual; en consecuencia no ven relación entre el acto criminal y el uso de la violencia del Estado.



aunque fuere inocente, no tendrá posibilidades de ser absuelto frente al poderío procesal de su contraparte. Más si se trata de sindicatos (obviamente los más pobres y quizás los delincuentes menos avezados y peligrosos) que deben asumir los servicios de un defensor público, los cuales generalmente construyen su estrategia de defensa del inculpatado alrededor de la declaración de culpabilidad que hace el mismo¹²⁰. Siendo así, a la persona procesada no le queda más remedio que someterse a las exigencias de la fiscalía y la negociación no es más que una formalidad para obtener una sanción mejor que la que obtendría de ir hasta el final en el juicio. Correlativamente, podríamos hablar de los *sindicados frecuentes*, que también llegan a conocer el sistema penal muy bien y manejan los procedimientos de tal modo que aunque son capturados se benefician de las garantías que les permiten evadir la sanción y aún las medidas de aseguramiento¹²¹. Adicionalmente, quienes han sido encarcelados, lejos de recibir una lección de acatamiento a la ley, tienden a reincidir. Suele decirse que las personas entran a la cárcel como delincuentes ocasionales y salen como delincuentes profesionales¹²².

Contrario a lo que se predica en las aulas de derecho, el proceso penal retributivo deteriora la vida de la víctima y a la comunidad en la que el hecho criminoso se produce. Por su parte, la víctima vuelve a serlo por causa del proceso

¹²⁰En Colombia, quien tiene un defensor público tiene 180% más de posibilidades de ser condenado, lo cual incrementa su desequilibrio frente al poderío del fiscal.

¹²¹Fue muy nombrado, en Colombia, en el mes de enero de 2015, el caso de un sujeto que completó 42 capturas por hurto y otros delitos contra la propiedad sin que se le llegara a dictar auto de detención. De modo que, profesionalizado en el campo de los delitos contra la propiedad, posiblemente cuenta dentro de sus “costos de transacción” pasar ocasionalmente unos días recluido mientras se le define su situación jurídica para luego, al salir a la calle, continuar con su ocupación cotidiana.

¹²² Es muy dicente el caso del asesinato del gran jefe de los presos en una de las cárceles más importantes de Colombia en 2013. Obviamente, se trataba de un criminal sumamente peligroso que se ganó la jefatura criminal haciendo correr la sangre de los más peligrosos adversarios en su establecimiento de reclusión. Estuvo 27 años preso, no obstante que su primera condena fue de un par de años, por el delito de inasistencia alimentaria.



judicial. El objetivo del imperio de la ley, deja sus intereses al margen y, en el mejor de los casos, subordinados a la persecución y el castigo de los responsables (Braithwaire, 2001). Algo que termina siendo ventajoso para la mayor parte de los procesados que no tienen que someterse a considerar las consecuencias humanas de sus actos. “El hecho que el crimen se vea como una abstracción de ofensa al Estado no tiene sentido para los ofensores porque es un concepto abstracto y porque su propia identificación con la sociedad es muy limitado” (Zehr, 2000, p. 50). Por su parte, al aparato judicial le interesa que la víctima se ponga al servicio de su propósito aunque eso le genere nuevos daños morales, simbólicos y materiales. Después de entregar lo que puede ofrecerle al proceso, principalmente su testimonio, la víctima no es interesante para el sistema penal. Lo que le ocurra no tendrá por qué tenerse en cuenta. Porque su lugar lo habrá tomado el Estado como titular del orden lesionado mediante el acto criminal. En adelante el “conflicto” será entre la autoridad estatal (fiscalía) y quien actuó ilegalmente¹²³.

El Estado también toma el lugar de la comunidad y desconoce sus intereses. Bajo el supuesto de que la comunidad se reivindica persiguiendo a quien dañó el orden, desaparece la comunidad afectada por el hecho criminal¹²⁴. No se tiene en

¹²³ Hemos visto que en el modelo imperatorio, el conflicto se transforma. En el caso del sistema penal, la ofensa deja de ser contra una persona específica y se considera que es contra el Estado y es a él a quien corresponde el poder de determinar la responsabilidad y el castigo, entonces los resultados (castigos) son impuestos con muy poca participación de las personas afectadas (víctima – ofensor): “El castigo, no la resolución o el acuerdo, es considerado el resultado adecuado” (Zehr, 2000, p. 89). Por eso al modelo imperatorio se le denomina retributivo en el ámbito penal, porque retribuye, porque hace pagar al infractor la deuda, previamente tasada, que adquirió con el orden jurídico al cometer el delito.

¹²⁴ La comunidad desaparece también por la orientación ideológica que tiene el ordenamiento jurídico, según el cual la responsabilidad es del individuo. “El sistema de justicia criminal está basado desde hace tiempo en una convicción de transgresión moral según el cual se deben asignar culpas, la persona culpable debe cambiar y el resto de la sociedad no necesita cambiar. La visión filosófica del castigo mostraba la necesidad de pagar a la sociedad el daño generado por la ofensa y esta visión teológica del castigo va unida a infligir un daño y sufrimiento acorde con la conducta para expiar el daño moral”. (Gordillo Santana, 2007, p. 170)



cuenta que el vecindario donde se producen los hechos y los círculos próximos a las partes han de tener interés en lo que ocurra. Ni siquiera se hace la contextualización del hecho criminal. Buscar y aplicar el castigo en últimas aleja la posibilidad de que la sociedad se ocupe de la reparación de los daños y de cómo evitar la repetición. El sistema penal produce identidad de exclusión (el criminal es diferente del resto). El sistema retributivo finca en el victimario la responsabilidad y su obligación de pagar por ello, sin que la sociedad examine las causas generadoras del problema y ubique soluciones de fondo (Gordillo Santana, 2007, pp. 42-44). La información se queda en los expedientes y el estigma se extiende como infección en el entorno social donde más se necesita un proceso de reivindicación.

Es desde estos tres ángulos que se advierte que el imperatorio fracasa generalmente en la gestión del conflicto y el sistema retributivo fracasa frente al delito:

“Luego de innumerables investigaciones empíricas realizadas quedó demostrado el rotundo fracaso del principio de legalidad; y si a esto sumamos la revalorización que por estos tiempos ha tomado el estudio victimológico y la paulatina vuelta a las formas acusatorias de hacer justicia, se advierte un creciente interés por los sistemas que, privilegiando la demanda de la víctima, devuelven a los particulares un rol protagónico en la gestión pacífica de los conflictos, sobre todo en los de menor intensidad o de baja repercusión o daño social” (Eiras, 2005, p. 29)

Jennifer Llewellyn, basada en autores citados aquí como Berman y Zehr, se ocupa de desarrollar lo que denominamos como el modelo constructivo, cuya forma más elaborada en el campo penal es lo que se conoce como justicia restaurativa. Ella muestra cómo esa justicia en la que predomina el modelo mediado y valora altamente la convivencia y la reconciliación, es una justicia que ha estado presente en toda la humanidad e incluso en la propia historia europea¹²⁵. Por esa razón, agregamos, más

¹²⁵ Donde el sistema imperatorio (retributivo en cuanto a lo penal) excepcionalmente ha predominado por un periodo de tres siglos respondiendo más al interés de fortalecer el poder estatal que a la solución de los conflictos: “El castigo sirvió para los intereses del Estado para



que crear un nuevo modelo, la JR se estructura sobre dinámicas de administración de justicia presentes en sociedades que no manejan su conflictividad bajo el sistema judicial moderno, especialmente de justicia comunitaria tradicional. Buena parte de los desarrollos académicos e institucionales están bebiendo en fuentes de justicia indígena en países como Nueva Zelanda o Canadá.

(#26) La JR implica una acción integral sobre el conflicto. Al proceso están convocados a participar todos los actores que están concernidos por el evento delictivo y a construir entre todos un proyecto que posibilite actuar sobre sus diferentes dimensiones (contradicción, comportamientos y actitudes) de manera sostenible hacia el futuro¹²⁶.

“El delito así entendido incorpora para su análisis elementos que no son tenidos en cuenta por el criminólogo, tales como el ejercicio del poder, lo afectos y el discurso, como así también la ampliación del ámbito a los grupos sociales afectados, más allá de los protagonistas. Tiene en cuenta también el proceso dinámico del conflicto a través de la secuencia de acciones (escalada-desescalada) dentro de un sistema. Posibilita un abordaje totalizador desde el mismo momento de realizada la conducta” (Eiras, 2005, p. 32)

La justicia restaurativa se ocupa de mejorar la calidad de vida de las partes y de la comunidad en donde se produce el evento. Con ese propósito se ocupa de restaurar de manera central las relaciones. Se trata de que las personas ante todo asuman la responsabilidad por lo que causaron y lo resarzan, no para que las cosas vuelvan a la

mostrar su poder y autoridad, pero no hacía nada para abordar el daño causado por la trasgresión. El crimen era la ruptura de la ley, no el daño causado. En consecuencia la atención se enfocó en las acciones del trasgresor y no en los efectos de su comportamiento” (Llewellyn, 1999, p. 6).

¹²⁶ “La justicia restaurativa es un proceso por el cual todas las partes con interés en una ofensa en particular se reúnen para resolver colectivamente cómo manejar las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones para el futuro” (Llewellyn, 1999, p. 9). Los convocados variarán. Más allá de las partes y los operadores, en cada caso habrá que determinar quiénes son todos los concernidos.



situación en la que estaban antes del hecho ilícito¹²⁷. El menor esfuerzo del proceso “penal” es el que se ocupa de establecer culpas y probarlas, el problema no es poder castigar, se trata de ocuparse de afectar el contexto (Eiras, 2005, p. 34).

Para restaurar, la justicia no puede limitar sus acciones a procurar la sanción del responsable sino que requiere de acciones como la mediación y la curación que se orientan a comprender e impactar diferentes emociones (compasión, misericordia, perdón, reconciliación). Y, para ello, victimario, víctima, familias de uno y otra, entre otros actores, tienen un rol a desempeñar para la resolución de un conflicto y superar los efectos del crimen (Consedine, 2002, p. 276). Podemos diferenciar una gama de acciones mínimas que se asocian con la restauración: (i) la reparación de las diferentes dimensiones del daño causado con el crimen y restitución de los derechos cercenados en el conflicto y no sólo con el acto delictuoso¹²⁸ porque la intervención restaurativa no se define desde el delito sino desde el daño, entendiendo que los daños pueden ser tanto materiales como morales y simbólicos y muchas veces son estos últimos los que reclaman una acción más eficaz por parte de quienes han perjudicado; (ii) la corrección, que busca que el ofensor asuma su responsabilidad y obre en consecuencia con ella, garantizando que no volverá a actuar del modo

¹²⁷ Aquí nos referiríamos más a otro concepto, *la reparación*, que considerada de manera aislada podría llevar a un círculo vicioso porque un proceso exitoso reproduciría las condiciones que hicieron posible el delito. La restauración busca actuar sobre las raíces y allí, no puede pretenderse que se hace justicia devolviendo la situación a como era originalmente, pues esta puede ser inequitativa e injusta.

¹²⁸ “Me parece que las razones (por las cuales el actual sistema de justicia no funciona) son fundamentales y tienen que ver con nuestras propias definiciones de crimen y justicia. En consecuencia, la situación no puede cambiar únicamente compensando a las víctimas o dando sanciones alternativas a los ofensores. Tenemos que ir a la raíz de nuestros entendimientos y presunciones” (Zehr, 2000, p. 12)



dañino¹²⁹ y; (iii) la restauración propiamente se da sobre el contexto y tiene un fuerte acento en las relaciones.

A quién se restaura: a la ofendida (para superar las condiciones que la hicieron vulnerable), al victimario (para superar los factores que lo determinan hacia el delito¹³⁰) y a la comunidad (para que mejore las condiciones de convivencia y recupere la confianza. Una restauración implica el concurso de las partes pero también de personas precisas de la comunidad que pueden ser definitivas para que las relaciones se renueven, para que germine la confianza y el contexto se transforme. Frente al llamado victimario la comunidad estará para ayudarle a cumplir con su responsabilidad individual. Pero, frente a sí misma, complementariamente puede valerse del caso para identificar correctivos sociales que pueden incluir decisiones que mejoren las condiciones generales de la gente.

¹²⁹ Si lo que lleva al hurto a una persona es su desempleo crónico por baja calificación, que asuma su responsabilidad implica, por ejemplo, que se comprometa, para lo cual se le garantiza la posibilidad, con la formación necesaria para acceder al empleo. Un ejemplo de restauración se encuentra en un caso tramitado por el juez Emilio Calatayud de Granada cuando, en lugar de enviar a la cárcel a un joven que atracaba tenderos para sostenerse, le ordenó capacitarse para el trabajo en un tiempo máximo y reparar las víctimas. <http://www.granadablogs.com/juezcaltayud/informacion/>

¹³⁰ La reintegración del ofensor en la comunidad es fundamental para el éxito del proyecto restaurativo. Es tanto la garantía de que contará con el control de la comunidad en sus actuaciones como también con condiciones para prosperar en su propio entorno.



C. Adjudicar o consensuar

(#27) La segunda tipología de modelos de administración de justicia que recogemos se relaciona con el papel que corresponde al tercero en la gestión del conflicto¹³¹. Para ese propósito hemos visto que Galtung los clasifica desde el máximo poder de las partes y el mínimo poder del tercero hasta el mínimo poder de las partes y el máximo del tercero que interviene en el conflicto. El autor noruego propone que entre todos ellos existe una amplia gama de posibilidades de gestión que conducen a que los conflictos se decidan. Planteamos un grupo de modelos de gestión autónoma en los que las partes no se comunican sino entre ellas, otro en el que se comunican entre sí y con los terceros que intervienen (operadores) y otro en el que la gestión no se hace a través de la comunicación entre las partes sino que se produce bilateralmente de cada una de ellas con los operadores, siendo éstos los que están llamados a decidir. A los dos primeros se les suele llamar sistemas, *autocompositivos*, porque el trámite y la decisión están en manos de las partes, y a los del último grupo se les llama *heterocompositivos* porque el impulso y la definición del trámite se sitúan en una persona diferente a quienes tienen un interés mutuamente excluyente. Entre estos últimos el arbitraje y la adjudicación legal, se someten a reglas, mientras que el último sólo se funda en el poder del operador.

¹³¹ Es importante precisar que cuando se habla de un tercero que interviene como operador estamos dando cuenta de una amplia gama de entidades. No nos estamos refiriendo sólo al esquema al que nos tienen acostumbrados los textos de resolución de conflictos. Hablamos de tercero cuando hay una entidad diferente a las partes con capacidad de intervenir relevantemente en la gestión del conflicto. Por tanto debemos entender que hay diversidad de posibilidades respecto de la constitución del tercero: (i) puede ser un individuo (como el conciliador, el árbitro, el juez) o un grupo (un consejo, una asamblea); (ii) puede ser alguien completamente ajeno al conflicto (un juez) o alguien vinculado con él (la asamblea medieval y los círculos de sentencia hasta incluyen a las partes como grupo decisorio) y (iii) puede estar establecido independientemente de las partes (como el juez) o ser definido por las partes (conciliador, árbitro).

Ilustración 5. Modelos de administración de justicia según el poder de las partes



Para considerar modelos diferentes al sistema judicial tomamos como base esa tipología, delimitándola con el concepto de administración de justicia con el que trabajamos en esta obra¹³² según el cual *es el conjunto de instancias y procedimientos mediante los cuales un tercero actúa en un conflicto a fin de producir decisiones relevantes ante el sistema jurídico mediante los que se regulan los comportamientos de quienes están implicados en él*. Siendo así, nos concentraremos en los modelos de gestión mediada junto con el arbitraje y lo que hemos llamado la adjudicación que son los sistemas que corresponderían con esa definición de A de J en la cual el tercero interviene de manera relevante en el campo jurídico.

A los dos primeros se les suele agrupar en lo que se conoce como justicia consensual, porque es mediante el consenso de las partes que se produce la decisión y a los dos segundos, justicia adjudicatoria, porque es el tercero-operador quien decide el conflicto atribuyendo posiciones dentro del campo jurídico.

¹³²Que será desarrollada con amplitud en el cuarto capítulo.



D. Cuatro modelos de administración de justicia

(#28) A lo largo de este capítulo examinamos con detenimiento los dos elementos que a nuestro parecer permiten particularizar el sistema judicial en las sociedades occidentales y nos permiten compararlo con otros conjuntos institucionales de administración de justicia. De un lado, hemos descrito y evaluado su relación con el sistema jurídico dando cuenta de que cuando el judicial actúa tiene como responsabilidad fundamental el imperio de la ley, por lo que lo caracterizamos como un sistema que se ubica dentro de lo modelo imperatorio de administración de justicia. Del otro lado, hemos especificado a los actores procesales y la relación entre ellos. El protagonismo del juez frente a dos partes opuestas sitúa el judicial como un sistema adjudicatorio. La crítica de lo que implican esas coordenadas nos ha llevado a considerar los modelos opuestos que son reconocibles no sólo en otras épocas y en otros contextos sociales y culturales sino que se pueden estar abriendo paso en las sociedades occidentales en la época actual, algunas de ellas como modalidades de justicia comunitaria:: frente al imperatorio, el modelo constructivo y frente al adjudicatorio, el modelo consensual.

Podemos hablar entonces de dos pares de modelos de sistemas de A de J. Contrario al imperatorio, el modelo constructivo no busca vencedores sino ganadores y sólo será exitoso si las partes y la comunidad mejoran su vida luego de la intervención. El proceso trabaja por una solución que no procura que una de las partes se catalogue como infractora sino atender el conflicto en todas sus dimensiones. El discurso de seguridad y de orden pasa a un lugar de menor relevancia para lo cual se evidencian, analizan y corrigen comportamientos y relaciones de poder. Procusto no aparece, es el proceso el que busca los objetivos y las necesidades de las partes y se adapta a ellos generando un proyecto que no sólo implica a quienes



tienen intereses mutuamente opuestos sino a todos los que son afectados por el conflicto.

Contrario al modelo adjudicatorio, el consensual no hace declaraciones de guerra sino que convoca a las partes a trabajar juntas, porque sólo produce decisiones por el acuerdo entre quienes tienen intereses contrapuestos. Allí cada una tiene la capacidad de obtener sus objetivos en tanto logre persuadir y ello implica también receptividad a los intereses de los demás. Si bien el protagonismo lo tienen las partes, el operador será más exitoso (porque alcanza más soluciones) cuanto más logre equilibrar el poder de las partes. Los convocados a la gestión del conflicto podrán ser muy diversos y en diferentes calidades. Las partes pueden convenir cuantas modificaciones al procedimiento se requieran.

Tiende a asociar el modelo imperatorio con el adjudicatorio, no sólo porque van juntos en el SJ sino porque es más viable la lógica de la infracción del adjudicatorio en un trámite en el que sea alguien que se imponga. Mientras que se identifica el modelo constructivo con el consensual porque la posición de las partes en este puede ser más beneficiosa para llegar al proyecto que interesa a aquel. Desde hace varios años venimos trabajando sobre los dos pares de modelos binarios interactuando en un mapa cartesiano que permite combinarlos. El primer par es el adjudicatorio-consensual con el que se simplifica la función del operador en el manejo del conflicto como un eje que va desde la intervención con carácter decisorio (modelo que llamamos aquí adjudicatorio) hasta la intervención propiciatoria, en la que son las partes las que toman las decisiones (modelo que llamamos consensual).

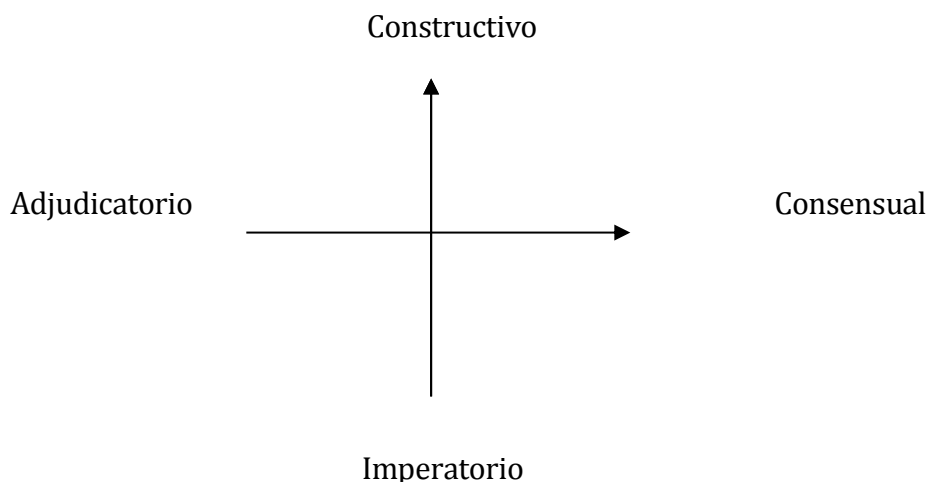
El segundo es el par imperatorio-constructivo¹³³ en el que se opone la finalidad general de la labor de administración de justicia con la de la solución del conflicto. El eje aquí va desde una relación en la que la gestión del conflicto se limita a la búsqueda de la

¹³³ Dos conceptos que, si bien no son excluyentes, plantean énfasis contrarios en el ejercicio de administración de justicia.



norma aplicable dentro de un orden jurídico que tiene que cumplirse por un principio de seguridad jurídica, (modelo que llamamos imperatorio¹³⁴) hasta una relación en la que la gestión de cada conflicto tiene propósito principal la construcción y la reconstrucción de los vínculos sociales (modelo que llamamos constructivo). Plantemos entonces que la combinación de los extremos de estos dos pares binarios daría como resultado cuatro modelos abstractos de A de J sobre los cuales se podrían entender los diferentes mecanismos:

Ilustración 6. Modelos teóricos de Administración de Justicia



Imperatorio - Adjudicatorio. Que caracterizaría las prácticas de la administración de justicia judicial en particular. La mayor parte de las formas y los contenidos están movidos por referentes externos al conflicto, al punto que los apoderados suelen gestionar los casos con autonomía frente a los interesados. Las partes son más o menos adjetivas al proceso, pues sólo participan como medio para que el juez llegue a una decisión y también porque sus intereses se vuelven adjetivos

¹³⁴Autoritario, según Comaille (2000)



frente al objetivo del imperio de la ley¹³⁵. De lo que se trata esencialmente es de restablecer el orden mediante la coacción directa y la disuasión indirecta para casos similares. Porque es el juez quien toma la decisión a partir de un referente externo al conflicto que se define en la ley. El **Imperatorio-Consensual**, que en teoría caracterizaría una forma de administración de justicia en la que puede primar la decisión de las partes pero a ella se le exige de alguna manera el sometimiento a la ley. Hacia allí tienden la mayor parte de las prácticas que operan bajo el enfoque que llamamos “mecanismos alternativos de tratamiento de conflictos” y en especial la mediación y la conciliación que hacen los propios operadores judiciales (#18).

El **Constructivo-Adjudicatorio** cuando la prioridad se ubica en la construcción de los vínculos sociales pero para las decisiones está llamado el tercero que interviene. En dinámicas en donde el operador cuenta con muy poca capacidad coactiva por carencia de recursos de fuerza organizada pero hay fortaleza en los vínculos comunitarios. Suele ser muy eficaz en muchos casos de justicia indígena¹³⁶ donde las decisiones son tomadas por un tercero (generalmente colectivo), cuya finalidad es reconstruir las relaciones afectadas por el conflicto y, en tal sentido, también llega a haber un provecho directo aún para la persona que eventualmente se sancione. El **Constructivo -consensual** se refiere a aquellos casos en los que la solución del conflicto tiene como finalidad el restablecimiento de las relaciones y la buena marcha de la comunidad en caso de conflicto. Opera en la mayor parte de las formas de justicia de comunidades pequeñas o con estructuras de poder menos ligadas al discurso violento del ordenamiento social. Son los espacios en los que opera con mayor eficacia la labor persuasiva y la principal técnica de manejo de conflictos es la mediación.

¹³⁵ Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la justicia penal es especialmente notorio el tratamiento nulamente cuidadoso de sus personas, que reciben las víctimas de los delitos sexuales.

¹³⁶ Por ejemplo, en Colombia en la comunidad *Nasa* y en la comunidad *Kámetsá*.



Durante los últimos siglos la justicia judicial se puso en un extremo (con variantes más o menos extremas) adjudicatorio – imperatorio. En dos extremos de este esquema se ubican dos modelos de A de J que a pesar de ser puramente teóricos, y por tanto imposibles de encontrar en su estado puro, ofrecen un contraste que puede ser muy útil para el propósito de comprender los procesos de JC en la época presente. De un lado está el imperatorio–adjudicatorio, que podría definir la dirección hacia donde tiende la parte dominante de la actividad judicial estatal. Sin embargo, hay tendencias muy importantes de cambio del sistema judicial hacia el modelo adjudicatorio constructivo, mediante los círculos de sentencia y otras prácticas que se vienen irrigando principalmente en la justicia juvenil, desde los países anglosajones. También hay una tendencia del judicial hacia el modelo imperatorio consensual, mediante la introducción de la mediación y otros mecanismos en el proceso. Veremos en el cuarto capítulo que la justicia comunitaria tiende a ubicarse en el constructivo–consensual. Sin embargo, por diferentes factores, especialmente por la interacción con el Estado y la presión de actores externos ha venido estableciendo procedimientos que se ubican en los otros cuadrantes.

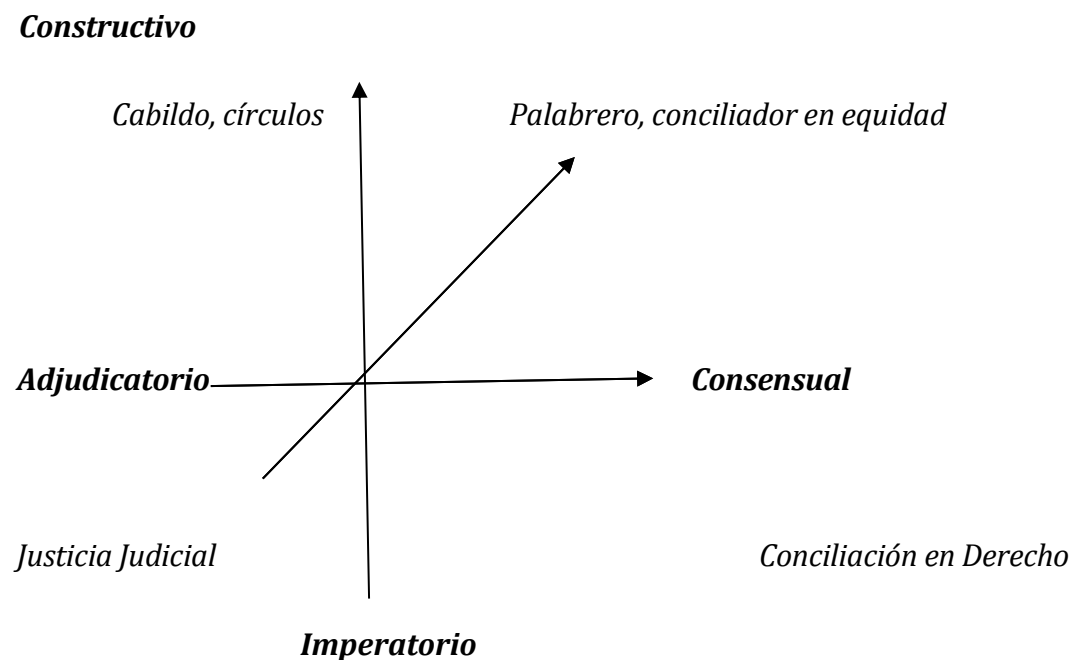
Mientras que la conciliación en derecho y otros de los llamados mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se ubicarían más claramente en el modelo consensual–imperatorio ya que, si bien se funda sobre el acuerdo de las partes, las decisiones tenderán a enmarcarse en los límites definidos por el campo jurídico estatal¹³⁷. La gestión judicial podría acercarse al modelo constructivo, cuando opera sobre la exigencia al juez de priorizar la justicia material sobre la formal. También se relaciona con el modelo imperatorio–consensual cuando abre espacios para que, a través de trámites como la conciliación, se resuelvan los conflictos sin acudir a los rituales propios de la gestión jurisdiccional ordinaria. La JC se aproxima al modelo adjudicatorio cuando se permite al tercero decidir como principal (Cabildos

¹³⁷ Generalmente sometidos a un reglamento y a control estatales en su operación.



indígenas) o de manera supletoria si las partes no logran un acuerdo (como los jueces de paz en Colombia) y se inclina hacia el flanco imperatorio cuando se establecen formas de pluralismo jurídico en las que empieza a haber determinaciones que se toman teniendo en cuenta parámetros generales, externos al conflicto y se factibiliza la amenaza o el uso de la violencia.

Ilustración 7. Sistemas y modelos de justicia



RECAPITULANDO



La evaluación que hemos hecho del sistema judicial nos ha permitido cotejar la capacidad que tiene para satisfacer las necesidades que surgen de la conflictividad. A pesar de lo que se aspira por parte de la teoría jurídica y la función que se le asigna en el Estado, frente a los estudios del conflicto, es necesario decir que un juez, por la lógica con la que está construido el sistema, es muy limitado para atender las distintas dimensiones que tiene una confrontación y amparar los intereses de los más débiles, mientras carece de la condición de litigante habitual. Hay un entramado ideológico que no expresa plenamente lo que puede verificarse al hacer un análisis del papel del orden jurídico de cara a la conflictividad. De un lado porque el aparato jurisdiccional se ha mostrado siempre insuficiente para atender la totalidad de los conflictos que demandan la intervención particular del orden jurídico. En segundo lugar, porque, al abordar excluyentemente los conflictos desde la perspectiva del derecho formalizado, deja sin tratar buena parte de las controversias. En tercer lugar, si bien puede predicarse una dimensión jurídica en muchos de los conflictos, ella no necesariamente es suficiente para comprenderlos y, menos, para darles un tratamiento que los transforme de manera positiva¹³⁸. Aunque, desde luego, el alcance que tiene el instrumento jurídico estatal será mayor o menor de acuerdo con la centralidad que tenga la dimensión jurídica en un conflicto¹³⁹. Hemos hecho el análisis de las causas

¹³⁸ En esa misma dirección Arnaud señala que, de cara a la atención de un conflicto, uno de los temas principales de análisis es la identificación de las categorías jurídicas que son aplicables y que el objeto de un litigio, definido desde el campo del derecho, no llega a comprender el conflicto. (Arnaud, 1993, p. 91). Gessner lo dice con precisión: “Es la característica de un buen jurista y, por eso, la meta de amplios ejercicios de métodos: poder hacer rápido y seguro el trabajo de selección [de los criterios de gestión de un caso] con ayuda de una red de categorías lo más consistente posible; se abstrae de un conflicto tejido respectivamente en un contexto social específico, un ‘estado de cosas’ del que pueden deducirse ‘consecuencias jurídicas’. El jurista comprende por esto, necesariamente, sólo una parte (pequeña) de los factores que determinan la situación conflictiva.” (Gessner, 1984, p. 4).

¹³⁹ Así, factiblemente será mayor el alcance de las instancias jurídicas en la definición de una controversia por un crédito entre un banco y un deudor particular que cuando se trata de un crédito entre parientes. Por eso mismo, las reglas del derecho de familia tienen que ser más



de estas limitaciones. Ellas se asocian con su finalidad de garantizar el ordenamiento jurídico del Estado y con un procedimiento en el que el poder de trámite y la decisión corresponden al operador.

Para encuadrar el SJ y para ubicar alternativas, como las que pueden encontrarse en la JC, proponemos un esquema en cada uno de esos elementos tiene su opuesto: el modelo constructivo, que tiene por finalidad la gestión del conflicto para mejorar la calidad de vida de quienes están afectados por él y el modelo consensual en el que son las partes quienes tienen el poder de tramitar y decidir su conflicto. Con esto estaríamos llegando a cuatro modelos posibles: el modelo imperatorio--adjudicatorio, el modelo adjudicatorio--constructivo, el modelo constructivo--consensual y el modelo consensual--adjudicatorio. Parece que este esquema ayuda en tanto permite visualizar un conjunto de posibilidades para la comprensión de mecanismos muy diferentes de administración de justicia y la diversidad institucional en la gestión de los conflictos y, más adelante, relacionar y comparar las diferentes modalidades de administración comunitaria de justicia entre sí y con las otras justicias, incluida la judicial.

Los aspectos que hemos podido visualizar aquí nos muestran límites serios para la gestión de conflictos desde la intervención estatal. Muchos de esos límites se encuentran también en modalidades de justicia comunitaria pero también allí existen opciones de tratamiento más beneficioso para las partes y para la colectividad. En los capítulos tercero y cuarto vamos a ver límites y problemas de la JC, en cuanto a capacidad de imponerse a agentes dañinos de la vida colectiva y en cuanto a garantías que tienen respuestas muy favorables en la justicia judicial. Tal vez, la solución a los grandes problemas que hoy tiene la A de J es practicar la Ecología de Saberes (en este caso también de instancias y de procedimientos) que promueve Boaventura Santos

abiertas que las de otros órdenes jurídicos, para tratar de incrementar la capacidad de intervención del derecho en los conflictos a los que se dirige.



para atender la diversidad de conflictos que debemos abordar. En esta obra vamos a proponer cómo. Por ahora pasamos, en el siguiente capítulo, a examinar los alcances reales que ha tenido el sistema judicial como proyecto a implantarse en las diferentes regiones del orbe.



Universidad
Carlos III de Madrid

CAPÍTULO SEGUNDO.

Avatares del proyecto judicial



En este capítulo nos proponemos establecer canales de entendimiento acerca de cómo opera la administración de justicia en Colombia. Con ese propósito, en las secciones siguientes avocaré sucesivamente tres interrogantes que me pueden ofrecer elementos de explicación sobre las estructuras y las dinámicas de A de J: ¿Cuáles son las condiciones del contexto que producen una particular forma de administrar justicia? ¿Cuál es la diferencia en cuanto a la relación que hay entre el SJ y su entorno en contextos diversos como las realidades europeas y las de la región latinoamericana? ¿El sistema judicial coexiste con otros sistemas de administración de justicia y de regulación de conflictos?

Con ese propósito, vamos a analizar la manera como el SJ domina el panorama de A de J en las sociedades modernas. Veremos cómo, al ser diferenciados los contextos culturales, sociales y políticos, los alcances reales del SJ también cambian. Aunque aparentemente en uno y otros es predominante, ese predominio es puramente formal en áreas amplias de América Latina. Mostraremos que, en el caso europeo, el judicial es un proyecto que logró prosperar en la medida en que el contexto político fue de inclusión y generalización del llamado contrato social en países con cierta homogeneidad en su cultura jurídica. Gracias a la existencia de una matriz cultural común, las instituciones de administración de justicia, más o menos similares, de las que se han venido dotando, tienden a ser vistas como eficaces y legítimas para garantizar derechos y gestionar democráticamente los conflictos, por dos grandes razones: (i) las instancias y figuras del SJ han emergido o se han con un



mayor nivel de pertinencia cultural y social que en otras regiones del globo y; (ii) la adopción de tales figuras ha estado ligada a dinámicas más o menos profundas de expansión de la ciudadanía y de desarrollo democrático.

Económica, política y culturalmente dependientes, las clases dirigentes latinoamericanas no han logrado que el órgano judicial organice la regulación de los conflictos en sus territorios. Con una ciudadanía limitada a ciertos derechos, el orden estatal se funda en estructuras discriminatorias y excluyentes que proyectan a las instituciones estatales de A de J como herramientas que controlan las clases dominantes y son reproductoras de la desigualdad. Gracias a una generalizada ideología de incumplimiento de la ley son finalmente los más poderosos quienes tienden a sacar adelante sus intereses gracias a su capacidad de imponerse a través de las estructuras de poder que usufructúan.

Frente a ese panorama es necesario visibilizar que en nuestros contextos el sistema judicial carece de la capacidad ordenadora de la conflictividad que se postula desde las normas legales lo que sustenta la necesidad de una institucionalidad propia reconociendo nuestra realidad. Tenemos unas necesidades de gestión de la conflictividad que posiblemente no se abarcan en el derecho occidentalizado; el sistema jurídico y las instituciones judiciales tienen limitaciones estructurales para atender la conflictividad y realizar el amparo de los derechos que se postula en el ordenamiento; las instancias y los procedimientos judiciales no logran ofrecer soluciones aceptables.

En la primera sección trataremos de entender las diferencias que hay en el SJ en realidades contextualmente diferenciadas. Analizaremos allí de qué manera afecta la capacidad que tiene el sistema judicial para ofrecer ciudadanía cuando es impuesto desde estructuras de desigualdad, por quienes se benefician de ellas en sociedades coloniales y postcoloniales. En la segunda sección, trabajaremos específicamente sobre la experiencia judicial de Colombia dando cuenta de dos variables que la determinan profundamente: un contexto cultural de validación de la desobediencia y



la violación de las normas, junto con la vulnerabilidad estructural de los operadores judiciales ante los poderes fácticos. En la tercera parte nos ocupamos de una propuesta conceptual que nos permite analizar, entre otros contextos latinoamericanos, la realidad colombiana de A de J. Sostendremos que, además de las áreas donde hay control estatal y rige el SJ, existen zonas de nuestro país en las que la administración de justicia es determinada por un orden que no lo produce el Estado y otras zonas en donde no existe un orden territorial consolidado en el espacio estructural de ciudadanía (#7 y #8) de modo que la regulación se limita a la institucionalidad de los otros espacios estructurales, si cuentan con la fuerza suficiente.



I. El proyecto judicial y sus escenarios culturales

(#29) En esta sección buscamos entender el proceso mediante el cual se constituyó el sistema judicial y la manera en la que se fue estableciendo como mecanismo privilegiado de gestión de conflictos en Europa y en otros contextos culturales, en particular el latinoamericano. Se trata de identificar, en sus orígenes históricos y en los contextos donde operan, elementos de caracterización y diferenciación de la institucionalidad establecida en nuestro subcontinente para la administración de justicia. Es evidente que pueden caracterizarse de un modo sistemas judiciales en lo que hoy se llaman países centrales, de *Occidente*, de Europa y otros países, y de otro modo hemos de caracterizar lo que tenemos los países periféricos o semiperiféricos, situados en territorios que fueran colonia de metrópolis latino europeas. Nuestro ánimo es identificar los grandes rasgos que permiten discernir unos contextos de los otros y marcan desde su origen y desde sus bases que en los unos la capacidad regulatoria de la conflictividad sea en grandes proporciones superior a la que se encuentra en los otros.

Abordamos este análisis considerando que hay tres elementos que deben ser objeto de estudio para entender las diferencias: (i) El SJ moderno se produce desde las



propias dinámicas del contexto cultural europeo, desde el cual se pueden explicar la mayor parte de sus conceptos y su arquitectura institucional. Mientras que en nuestra región se impuso como un régimen implantado por el conquistador, sin basamentos culturales o tradiciones que lo soportaran. (ii) El sistema judicial participa de un conjunto institucional establecido para sustentar relaciones entre distintas regiones del planeta que no han sido superadas. De modo que la interacción desfavorable de nuestra región con la metrópoli y la normatividad con la que se regula han de generar diferencias en un sistema dirigido teóricamente a garantizar derechos por igual a todos. (iii) Mientras que en Europa el SJ se soporta y a la vez sustentó una tendencia general a la inclusión en el contrato social que fue predominante aún en la segunda mitad del siglo XX, en el nuestro, llegó vehiculizando el interés del conquistador y no ha logrado dejar de promover la desigualdad y la discriminación. Hoy, cinco siglos después de la llegada de los europeos y dos después de la independencia formal, seguimos siendo la región con mayores desigualdades socioeconómicas y una con los mayores niveles de exclusión y discriminación étnica y racial. Desde esta realidad apabullante debe haber pistas para explicar el papel de nuestro sistema judicial.

Para buscar explicación a esa problemática, esta sección tiene cinco apartados. En el primero, nos aproximamos a las vertientes de la cultura europea, tratando de encuadrar por su origen conceptos que son centrales en el derecho occidental pero en otras culturas jurídicas no lo son o sencillamente no existen. En el segundo, exploramos las dinámicas de lucha y transformación que condujeron al judicial como parte de la institucionalidad estatal capitalista en el “viejo continente”. En el tercer acápite, analizamos lo que significó la administración judicial de justicia en nuestras sociedades coloniales y su papel como garante del orden desigual impuesto desde los países imperiales. A renglón seguido, proponemos una evaluación de lo que representa lo que llega a regular el SJ en la región. Finalmente, nos ocupamos, en el último tramo de esta sección, de una lectura de lo que significa hoy el SJ en nuestro subcontinente para la democratización de las relaciones sociales y el Estado.



A. Europa, una homogeneidad cultural irreplicable

(#30) Para pensar en la institucionalidad con la que contamos para la administración de justicia en América Latina, es necesario aclarar lo que se nos ha pretendido implantar durante los últimos siglos. Para el efecto, antes de mirar cómo opera en nuestra realidad, es conveniente analizar la manera cómo se ha configurado y cómo se ha desarrollado en sus escenarios originales. Para el efecto, intentamos en esta parte, precisar los elementos que estimamos fundamentales del contexto en el que emergen el derecho moderno y el sistema judicial, para luego compararlo con el de nuestro hemisferio y nuestra región.

El sistema judicial que predomina en la modernidad se fue configurando en las provincias europeas desde comienzos del segundo milenio, en un proceso más o menos homogéneo (si se compara con lo ocurrido en otras regiones del mundo) que puede caracterizarse mediante las siguientes notas que comparten entre sí y que las diferencian de otros sistemas de administración de justicia: (i) un campo jurídico diferenciado y una estructura conceptual específica que separa el derecho de otras estructuras normativas; (ii) la A de J se subordina al derecho estatal; (iii) es una función centralizada en el estado que ha declarado el monopolio de la administración de justicia (Berman 1996; Clavero, 1996; Hespanha, 1989; 1993; 1997 y 1999; Macpherson, 1979). Esos elementos concurren homogéneamente en todos los confines de Europa y configuran una manera de administrar justicia que es claramente diferente de la existente en sociedades que han emergido de otros universos culturales. A continuación vamos a sustentar que esa homogeneidad es la consecuencia de la introducción sucesiva del derecho romano, el pensamiento cristiano y el derecho germánico mezclados de manera diferenciable entre una y otra regiones, pero constantes durante los milenios primero y segundo, determinando una



arquitectura normativa similar. Tal normatividad se complementa con la entronización, hacia mediados del segundo milenio, de lo nacional como elemento dominante de la espacialidad política que se determina mutuamente con una tendencial participación de los jueces como parte del poder del Estado.

Los tres troncos que configuran la cultura jurídica europea

Visto desde fuera, en Europa se cuenta con una alta homogeneidad en su cultura jurídica que ha posibilitado que el SJ sea más o menos idéntico de un país a otro. No pretendemos negar que se trata de un continente con una gran variedad cultural. La diversidad cultural de Europa puede advertirse desde la enorme variedad de lenguas, siendo que en la mayoría no sólo cuentan con muchos dialectos sino que incluso en cada país pueden coexistir varios idiomas. Pero eso no excluye la homogeneidad en los basamentos culturales de los sistemas jurídicos y la administración de justicia. Estimamos la homogeneidad en lo jurídico sobre la base de considerar que el continente ha estado determinado en ese campo por tres poderosos vectores que, si bien han interactuado diferenciadamente entre sí en cada territorio, han convergido con particularidades regionales y locales dando resultados diferentes. Presentaremos por orden de aparición en el escenario de lo que hoy se conoce como Europa: el derecho romano, el cristianismo y el derecho germánico.

La juridicidad romana es reconocida como el primer tronco común en el mundo del derecho europeo occidental, dado que se fue estableciendo de manera creciente en todo el territorio a partir del siglo tercero antes de nuestra era¹⁴⁰. Hacia el siglo quinto

¹⁴⁰Una lectura panorámica de cómo se dio el protagonismo del derecho romano, primero difuso a través de dinámicas culturales, y luego orgánico a través de la academia junto a los principales aparatos de poder político puede encontrarse en Hespanha (2002, p. 74-104)



la mayoría del continente se regulaba por sus normas¹⁴¹. Al caer el Imperio de Occidente el derecho romano siguió viviendo y germinando. De un lado porque su elaboración siguió siendo muy prolija en el Imperio Romano Oriental, tras el impulso inicial de Justiniano (Losano, 1993, pp. 38-63). Del otro lado, porque la capa normativa dejada por el imperio seguiría viva en la cultura de todas las regiones que fueron dominadas por el imperio, en lo que se llegaría a conocer como el derecho romano popular. Mediante él, las normas romanas siguieron rigiendo aunque todos los caminos ya no fueran a Roma.

En las construcciones jurídicas de Constantinopla hunde sus raíces el derecho mercantil que se edificaba en la medida en que crecían los focos comerciales que se fueron multiplicando primero en el Mediterráneo (Venecia, Nápoles, Piza, Génova, Barcelona) y luego en el Atlántico (Lisboa, Burdeos, Brujas, Londres). El Derecho Romano también se había establecido como columna vertebral del Derecho Canónico desde el mismo momento en que el cristianismo fue adoptado como religión del imperio, hacia el siglo cuarto. Pero cobra especial impulso hacia el siglo doce, en tanto se establecieron los cimientos de la organización política que por casi un milenio ha tenido la iglesia católica actual. La normatividad que se fue estableciendo buscaba regular las relaciones al interior del clero y de éste con los fieles. El ordenamiento clerical no rigió automáticamente sino que, por el contrario, tendría un batallar de varios siglos para alcanzar la hegemonía dentro de la cristiandad. En la baja edad media, el impacto del derecho romano sobre todas estas estructuras normativas cobraría un nuevo impulso por el proceso que se conoce como de *recepción* que se dio en la sociedad europea, mediante el cual el derecho romano se propone como estructura normativa preferente en las distintas instancias de A de J medievales. Los

¹⁴¹ El maridaje con el cristianismo es rentable en las postrimerías del dominio romano porque es la red más eficaz para actuar localmente en todos los rincones del imperio y en la nueva etapa será claramente beneficioso para la iglesia contar con el respaldo político esperado.



académicos del derecho acudieron, con las preguntas que surgían en la época¹⁴², a la tradición jurídica romana de oriente, viva en la vieja Constantinopla, y la fueron reelaborando en las nacientes universidades.

El segundo tronco común que subyace al universo cultural europeo es el del *cristianismo*. Surgido en el siglo primero de nuestra era como movimiento puramente local en la provincia que se ha conocido como Palestina, tres siglos después se había extendido por todo el imperio y más allá de él. Habiéndose convertido, a pesar de perseguirla por siglos, en una poderosa e incidente red, los emperadores romanos buscaron aliarse con ella y en lo posible controlarla. De modo que, siendo el movimiento cristiano inicialmente una propuesta para el pueblo hebreo y sus desarrollos iniciales fueron originalmente de vocación localista y orientada hacia los judíos, pronto se transforma en una propuesta universalista a hombros del imperio romano. A partir del Concilio de Nicea, controlado por el emperador Constantino, se decidieron los libros que harían parte del texto religioso básico: el Nuevo Testamento¹⁴³.

A pesar de que desde ese evento se buscó la centralización de la iglesia alrededor del centro del imperio, aún al terminar el primer milenio seguía habiendo una amplia autonomía en cada Diócesis, heredada de su origen en pequeñas comunidades. Si bien hay un texto bíblico, impuesto como único desde el siglo cuarto por el poder imperial, los obispos seguían teniendo una autonomía más o menos

¹⁴² Como es el caso de las escuelas de los glosadores y los comentaristas (Hespanha, 2002, p. 111 y ss.).

¹⁴³ Llama la atención que, bajo control del emperador romano Constantino, en el mencionado Concilio de Nicea se hiciera la selección de los textos oficiales de la Biblia. Allí se hizo una selección en la cual más de la mitad de esta selección de textos fue escrita a partir de la obra de San Pablo, quien habría sido perseguidor encarnizado de los cristianos y luego se proclamó vocero de la nueva religión, convirtiéndose en su principal promotor entre los primeros cristianos. Académicamente no se ha resuelto la duda de si fue Pablo (antes Saulo) el que se convirtió al Cristianismo o el Cristianismo el que se convirtió al pablismo.

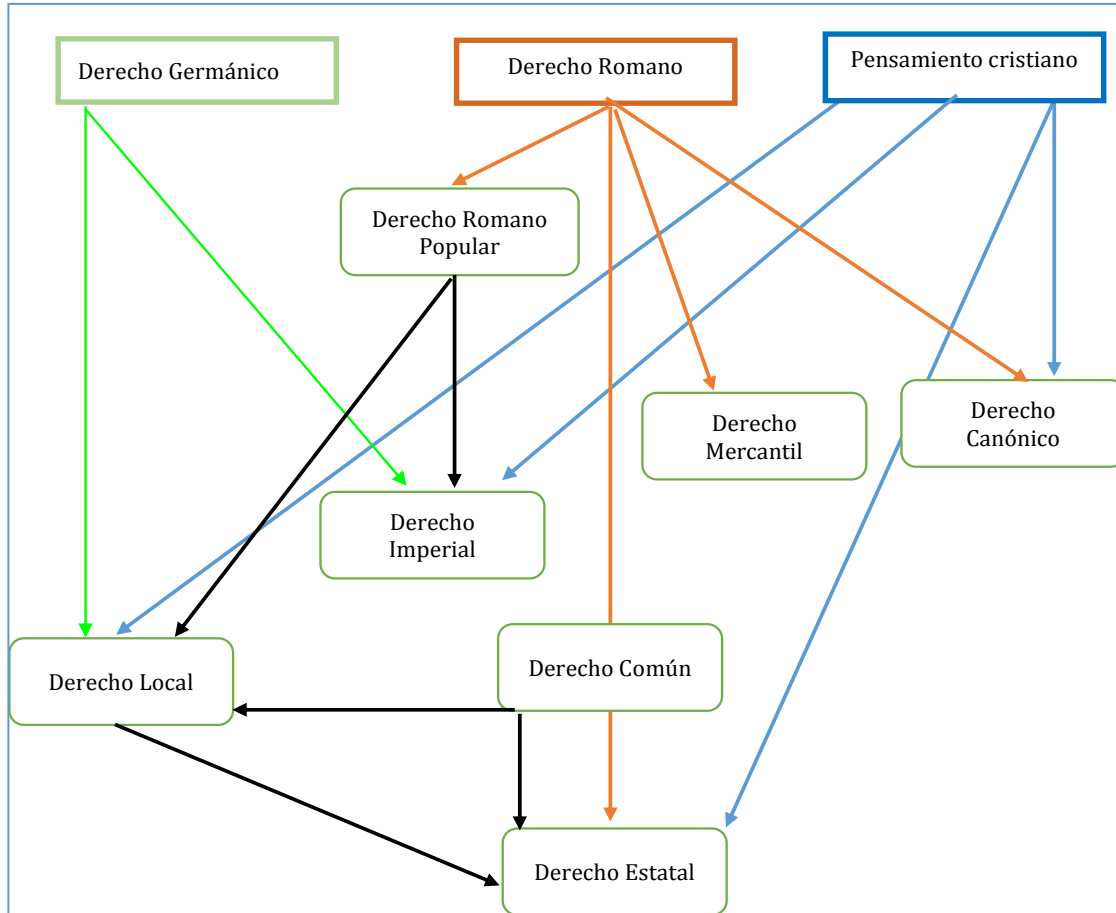


amplia en la toma de sus decisiones, presidían sus propios tribunales y dejaban su poder y sus bienes a sus herederos sanguíneos. Incluso la participación de capellanes y párrocos en la administración de justicia de los feudos estaba ligada al juego de poderes locales y a criterio e interés particulares de cada prelado, sobre cuyo discurso no se habían establecido mayores lineamientos ni mecanismos de control. Los anhelos constantinianos tardarían en madurarse unos mil años¹⁴⁴.

Son las reformas gregorianas, que se fueron desplegando y profundizando desde el comienzo del segundo milenio, las que al paso de los siglos lograrían consolidar una única organización jerárquica subordinada a Roma en todos los rincones de Europa. Tres grandes cambios se consolidan (Tamayo, 2009; Russell, 1967): (i) El celibato que, al prohibir que los prelados tengan hijos legítimos, puso las bases del surgimiento de la burocracia clerical. Con lo cual se estableció que todos los cargos en la Iglesia se debían a la institución y no a la persona. Si no cabe la posibilidad de heredar de los ministros eclesiales, el poder y los bienes que estos dejen al morir, no tendrán otro destino que la propia Iglesia. (ii) La supremacía de la palabra del Papa, que se puso en marcha en el siglo noveno y que más adelante se convertiría en la conocida infalibilidad actual del Papa. Con lo cual se pudo establecer una escala de validez en las declaraciones y en las órdenes de la iglesia. (iii) La organización jerárquica única de los tribunales eclesiales, con lo que la iglesia va estabilizando y amarrando su sistema normativo. En lo cual se pasó de una justicia dependiente de cada obispo a un sistema judicial único y centralizado de toda la iglesia.

¹⁴⁴Para lo cual contarían con una herramienta, que uno de los grandes líderes tempranos del cristianismo, Agustín de Hipona, trajo del maniqueísmo: el argumento de que en el mundo sólo el cristianismo podría tener la verdad y los demás deberían atenerse a las consecuencias (Tamayo, 2009, pp. 212 y ss.). Desde entonces hacia acá esa ha sido una herramienta ideológica fundamental para que, quienes se dicen portadores de las ideas correctas y tienen el poder, se impongan sobre otros. Veremos cómo occidente ha ido cambiando su discurso (evangelización, civilización, modernización, democratización, etc.) pero el objetivo ha sido el mismo: someter.

Ilustración 8. Genealogía del derecho en Europa



La gráfica muestra esquemáticamente cómo las grandes tendencias en el derecho medieval y el derecho estatal en los países europeos son la resultante de una mezcla de las tres raíces en las diferentes espacialidades. Fuentes: Bergman, Losano, Villalpalos, Clavero, Hespanha y Lalinde.

Gracias a todos estos elementos el clero se convierte en una eficaz máquina de poder que tiene la presencia más apabullante hasta en los espacios más minúsculos de la cristiandad como la familia y el feudo. Pero también, en niveles más amplios, el Derecho Canónico será definitivo en la estructuración de la juridicidad occidental, al (i) consolidar una organización política que modeló la forma de organizar el derecho nacional (en la que se diferencian los órganos que legislan, de los que administran



justicia) y (ii) establecer lo que serían las bases del derecho moderno en los países de Europa, al servir de columna vertebral de lo que se llamó Derecho Común en la Baja Edad Media.

El tercer tronco común al Derecho en los países europeos es el *derecho germánico*. Dado que los llamados pueblos bárbaros a través de la conquista lograron convertirse en la clase dominante en Europa a mediados del primer milenio, su variedad de sistemas jurídicos se fue combinando hasta convertirse en el derecho que tuvo la nobleza para relacionarse entre sí y dominar los territorios. Sobre sus fundamentos militares y bajo un sistema de juramentos y lealtades se organizó el poder político, intercambiando privilegios y obligaciones entre los miembros del estamento nobiliario. Siendo el feudo el territorio fundamental, allí se podría encontrar cierta estabilidad en quienes estaban en el poder, luego el territorio de los reinos era mucho menos estable porque estaba sujeto a constantes variaciones marcadas por los juegos en alianzas, lealtades y juramentos. En varios reinos y en el nivel más alto de esas dinámicas de alianza y obediencia, se fueron construyendo textos jurídicos dirigidos a organizar la burocracia regia, llamada a convertirse con el paso de los siglos, en la organización política de los Estados.

La espacialidad del poder medieval

La combinación de los derechos romano y germánico con el ideario cristiano se fue produciendo casi por inercia pero de manera diferenciada en tres espacialidades, determinando la organización del poder y el derecho: la de la cristiandad, la del reino y la local. En la espacialidad que hoy llamaríamos global, la dualidad de poderes entre el Papa y el Emperador se fue inclinando gradualmente a favor del primero en la medida en que lograba establecer una estructura burocrática monolítica y un sistema normativo eficiente para impactar en los otros poderes. Su derecho, como veremos enseguida, el canónico, se convirtió en el eje articular del derecho de los Estados



modernos. En la espacialidad regia (mucho menor territorialmente que la de los estados nacionales) se fue construyendo de manera gradual una juridicidad que lía a los cortesanos cada vez más numerosos y muchas veces remotos. Tiende a expresarse por escrito porque está dirigida a actores situados a distancia de quien emite las normas y deberá ser controlada por el poder que los subordina. Finalmente, la espacialidad más importante durante toda la edad media es la local, representada en los feudos principalmente. Allí se produce la mayor parte de la A de J, generalmente de manera oral, sobre tradiciones jurídicas particulares de cada uno de los cientos de feudos que había en toda Europa.

Jugando con las tres espacialidades superpuestas se presenta la complejidad propia de la pluralidad jurídica de la Baja Edad Media. El feudo era el espacio inmediato de poder y regulación en donde se cumplía de manera cotidiana la labor jurisdiccional. Pero el escenario político de la alta edad media era una constelación de poderes. En ella interactuaban de manera generalmente armónica, aunque muchas veces contradictoria, el distante pero fuerte poder de organización del vaticano, con el inmediato y tangible de los nobles. Alrededor de estos gravitaba un verdadero conjunto de actores y de órdenes de regulación que se trababan en lucha o alianza con el poder del rey. La intervención de tantos actores hacía sumamente complejo el panorama de administración de justicia.

La racionalidad del conjunto, la daba en principio la potencia del discurso político teológico de la iglesia que, como único poder global, se cuidaba como nunca de garantizar su hegemonía en la conducción del pensamiento y en la unicidad de su injerencia a través de un clero altamente centralizado. En el otro extremo, como potencia alterna, estaba el feudo como unidad política y económica autárquica, independiente y de supremo poder en el plano local. Entre uno y otro extremos aperaban otros actores políticos que contribuyeron a consolidar lo que basados en Berman (1996, pp. 128-129) llamaremos, la *tradicón jurídica de occidente*. Tal autor sostiene que en la edad media existió un pluralismo jurídico en el que convivieron por



lo menos seis clases de órdenes legales que se superponían en su vigencia. Había sistemas jurídicos sustentados en los poderes más tradicionales como el fuero canónico, el fuero feudal y el fuero señorial. Veamos:

- El *derecho canónico* carecía de límites precisos y generaba constantes enfrentamientos de las autoridades eclesiásticas con las seculares (Berman, 1996, p. 234). Las leyes canónicas pretendían penetrar en muchos espacios de la regulación social a través de sus reglas sobre el matrimonio, la sucesión, propiedad y contratos.
- El *derecho feudal* regulaba las relaciones de servicio recíproco entre nobles y determinaba la alianza política entre señores y vasallos. De modo que se establecían obligaciones mutuas entre las dos partes. Ese rito de compromiso, lo mismo que el matrimonio, hacía que las dos partes ingresaran a un sistema jurídico que definía las relaciones entre feudos (pp. 310-331).
- El *derecho señorial* establecía las bases de las relaciones entre los señores feudales y los siervos y otros campesinos. Si bien estaba sometido a una mayor arbitrariedad de parte de los primeros, funcionaban sobre la base de la reciprocidad entre aquellos y los pobres. Los campesinos gozaban de derechos que los nobles reconocían con sus obligaciones correlativas. Se trataba de un derecho consuetudinario que se administraba mediante la asamblea (# 15) de la que dimos cuenta en el primer capítulo, que presidía el señor feudal y operaba a modo de tribunal (pp. 332-348). También había sistemas jurídicos que regulaban dinámicas sociales emergentes.
- El *derecho mercantil* regulaba las relaciones entre los comerciantes que ya se contaban por cientos de miles en toda Europa occidental. Desde el siglo XI se venía dando un proceso de uniformización de las reglas que regían para todo ese sector social. Contaban con tribunales propios muy expeditos e informales. (pp. 333-373).



- El *derecho urbano* regulaba las relaciones internas de las ciudades que iban floreciendo a lo largo de la geografía continental. Se trataba de verdaderos enclaves que lograron reconocimiento del poder secular y eclesiástico a través de la negociación política y, en no pocos casos, convirtiéndose en comunidad religiosa.

- El *derecho real* o *regio*, muy limitado por las dificultades de comunicación de la época y el mínimo aparato burocrático con el que contaba el rey, estaba muy lejos de ser el centro de gravedad del sistema. Pero a él podían acudir todos los súbditos siempre y cuando asumieran los costos (pp. 424-504). El derecho canónico derivaba su fortaleza de una estructura jurídica que se venía construyendo con solidez y coherencia a partir de las bases consolidadas desde el siglo XI, con las reformas gregorianas. El derecho secular -un concepto que hace un conjunto muy heterogéneo entre el derecho feudal, el derecho señorial, el derecho mercantil, el derecho urbano y el derecho real-, requería niveles de sistematicidad. Esto lo encontraba, en alguna medida, apropiando de manera cada vez más coherente el acervo del derecho romano a las construcciones particulares que se venían alcanzando frente a cada realidad. (Bobbio, 1992, p. 78; Berman, 1996, pp. 557 y ss.).

Entonces, la A de J de la sociedad medieval se integraba por una amplia gama de sistemas jurídicos que obraban de manera autónoma entre sí pero que no pocas veces entraban en conflicto. Entre todos estos sistemas había también formas de interacción que se derivaban de la coincidencia de diferentes órdenes sobre la misma materia y el juego político de los diferentes actores. De tal modo que la espacialidad del derecho era policroma y flexible. La eficacia de un orden u otro dependía muy evidentemente, del juego político y la dinámica social. El derecho canónico derivaba su fortaleza de una estructura jurídica que se venía construyendo con solidez y coherencia a partir de las bases consolidadas desde el siglo XI, con las reformas gregorianas. El derecho secular -un concepto que hace un conjunto muy heterogéneo entre el derecho feudal, el derecho señorial, el derecho mercantil, el derecho urbano y



el derecho real-, carecía de los mismos niveles de sistematicidad. La que fue encontrando, en alguna medida, apropiando de manera cada vez más coherente el acervo del derecho romano, directamente o a través del derecho canónico, a las construcciones particulares que se venían alcanzando frente a cada realidad. (Bobbio, 1992, p. 78; Berman, 1996, pp. 557 y ss.).

Iglesia, universidades y abogados en las raíces del Derecho moderno

Precisamente, el siguiente paso que daría la iglesia romana sería fundamental para la consolidación de la estructura de intelectuales que la pondría en el centro del poder hegemónico por tantos siglos en el mundo europeo y sería fundante de lo que se conoce como derecho en la actualidad: la *creación de las universidades*. La pregunta sobre la cual se construye el estudio de lo jurídico en estas entidades académicas serviría para fundamentar el poderío eclesial: independientemente del derecho divino (que sería un asunto obviamente eclesial), si todos los cristianos son hijos de Dios, entonces sería lógico que tuvieran un derecho como tales. Por lo cual todo el derecho temporal o secular (positivo, diríamos hoy) debe estar subordinado a ese derecho común (natural, diríamos hoy) a toda la cristiandad (humanidad, diríamos hoy) que sólo puede haberse producido por obra de Dios. Como correlato, la Universidad debería dedicarse a estudiar cuál es el derecho común a todos, independientemente de cada sistema de derecho positivo.

“Para el pensamiento escolástico, cuyo principal representante es Santo Tomás de Aquino, el derecho contenido en las escrituras (*Derecho Divino*) o el dictado por los reyes (*Derecho Positivo*) no eran los elementos definitivos para encontrar el *iustumest* (el derecho de lo que es justo). Ese *iustum*, ese derecho decisivo, era anterior a todo el derecho positivo, estaba escrito en un orden natural, establecido por Dios, el cual Él mismo debía obedecer. Y ese orden era desvelable mediante un uso disciplinado por la recta razón a partir de la aplicación de ciertas reglas discursivas”. (Hespanha, 2002, p. 121)



El pensamiento jurídico y, por esa vía, la normatividad constitucional, civil o penal, canónico o regia, laica o clerical, se construyen rodeadas de libros cristianos con un crucifijo encima y entre un Credo y un Padrenuestro. Por esto, las universidades forman en filosofía, en teología y en derecho como un solo cuerpo académico. Ellas son verdaderos centros de producción ideológica para toda Europa desde los cuales el derecho se naturaliza en el cristianismo bajo la suprema conducción del aparato político eclesial. Son los intelectuales cristianos los que se forman y los que forman en esos centros educativos: “Al lado del clérigo, surgió el jurista o legista que, en los siglos siguientes, iría a monopolizar la administración pública y el SJ en toda Europa” (Santos, 2000, p. 114). La iglesia cuenta con un aparato ideológico que le permite penetrar todos los centros de poder, todas las dinámicas de regulación, toda la pluralidad jurídica desde el argumento del derecho común¹⁴⁵. No puede haber derecho positivo que lo contradiga, la administración de justicia debe hacerse bajo su guía.

La transformación de la abogacía, hacia el modo de ser que tiene hoy, sería un aliado eficaz en la consolidación del derecho y la A de J característicos del mundo occidental. La formación universitaria de los abogados solía dar activos adicionales a personajes que contaban con capitales sociales y culturales que podrían competir exitosamente con el de cualquiera de los operadores de justicia existentes en la época. El manejo de los discursos necesarios para sacar adelante un interés ante un tribunal comercial o militar, o ante un oficial del rey o un señor, tendía a tener mucha más destreza en los letrados, de modo que en los escenarios litigiosos los debates procesales se trenzaban entre los litigantes profesionales, que eran la correa de transmisión de la producción académica de las universidades con las prácticas

¹⁴⁵ “El mismo derecho, en la misma lengua y con la misma metodología. Justo en la combinación de esos factores -la unificación de ordenamientos jurídicos, suscitando y posibilitando un discurso jurídico común, y potenciando tendencias unificadoras ya latentes en el plano legislativo y judicial- surge el derecho común, iuscommune”. (Hespanha, 2002, p. 74)



jurídicas y políticas, en las distintas especialidades. Con mayor razón si se trataba de los oficiales regios o los canónicos, que tendrían que dejar por escrito las decisiones, para revisión y control jerárquico. De modo que aún la más escueta fórmula legal germinaba cargada de argumentos y disposiciones (muchos de ellos generalizados luego) en la jurisprudencia y luego en los textos legales, en la tradición continental. Es por esa dinámica que se sostiene que el derecho estatal es hijo del derecho común construido en las universidades. El Derecho Común fue derecho sin estado que, como factor de legitimidad se puso por encima de todos los estados y bajo cuyo patrocinio se construyó lo fundamental de la arquitectura teórica del derecho en occidente. Con él se cargó argumentativamente el debate procesal que sustentó la jurisprudencia y de ella, en diálogo directo con la academia, fueron derivando también las leyes.

Es en ese entorno académico donde maduran los conceptos que constituyen el sustrato de la juridicidad occidental actual. Douglass North (2000) sugiere que “el sistema de creencias” propio de las sociedades modernas está relacionado directamente con los fundamentos cristianos que tiene. Así, desde la normatividad individualista en cuanto a producción y familia (p. 138) hasta el desarrollo de las libertades políticas (p. 140) o la idea de que todo gobierno legítimo se debe fundar en el consentimiento de los gobernados (p. 141) estarían asociados con la evolución teológica. Debe decirse también que el concepto de sujeto de derecho y derecho subjetivo que medran sobre las raíces generadas por esa gran pregunta fundante del pensamiento cristiano. En él, al igual que en las otras religiones abrahámicas sólo Dios es sagrado y sólo los humanos pueden concebirse a imagen y semejanza suya (lo demás sólo serían cosas) de modo que en occidente evoluciona una antropología que sitúa a cada humano solo en el mundo y debe ser autosuficiente, sin vínculos con la totalidad como la que tienen otras creencias (Panikkar, 1999, pp. 83 y ss.).

En las universidades se puso en marcha a partir de la idea de que el ser cristiano da a cada uno un lugar ante Dios como su hijo, por lo que es lógico que también lo tenga el súbdito ante el derecho de cada Estado. En consecuencia, para esa



corriente de pensamiento, el Derecho no sólo existiría con mayúscula como ordenamiento de la sociedad sino como potestad y atributo de los seres humanos¹⁴⁶. Por esa misma vía han de encontrarse raíces teológicas en los conceptos de derechos humanos y la ciudadanía, tan laicos hoy en las sociedades occidentales. Son esas preguntas sobre los atributos que corresponden a los cristianos como hijos de Dios de las que proviene el concepto de derechos que derivan de la naturaleza humana, formuladas en primer lugar en los recintos regidos por la iglesia romana. Esos atributos serán exigibles a cualquier gobierno con los cristianos bajo su soberanía y allí emerge el concepto de *ciudadanía* que vincula a un sujeto con un Estado al que se somete con la exigencia de que se le garantice esa condición natural de humano.

Fundamento cristiano de la cultura jurídica moderna

(#31) Sobre esa misma matriz podemos observar grandes diferencias entre las culturas jurídicas europeas y las de otras regiones del mundo. Galtung (2003, pp. 121 y ss.) propone unas claves para el entendimiento de las grandes diferencias en la regulación de los conflictos entre sociedades que él llama occidentales (derivadas de religiones judía, cristiana y musulmana) y orientales (fundadas en el hinduismo y el budismo). Si bien, unas y otras pueden abarcarse como monoteístas, lo son desde concepciones opuestas. Mientras para los primeros Dios es un ser superior, para los segundos lo es todo. Para las religiones orientales, Dios significa la totalidad dentro de la cual se incluye a toda la humanidad y a la naturaleza, en la cual se tiene un lugar. Para las occidentales Dios es un ser, un ser superior que se caracteriza por tener una voluntad a la que se busca siempre ganar para los propios intereses. Con lo cual, la tarea de cada uno en relación con lo trascendente será diferente: en oriente, cada uno trabaja por un lugar desde el cual puede ubicarse dentro de lo divino (*karma*, obras,

¹⁴⁶Es una particularidad del Derecho en las sociedades occidentales. En muchos sistemas, no existe la categoría de derecho subjetivo, un ejemplo de ello es la India.



meditación, control de sí mismo, superación, *nirvana*) mientras que en occidente, se trata de ganar la voluntad superior (absolución, salvación) acatando las leyes (mandamientos) dadas por Dios o mediante ofrendas (sacrificio, oración).

La normatividad en las religiones occidentales las da Dios, mientras que en la teología oriental la normatividad es una forma de vivir lo trascendental, es el *Dharma* (que significa al mismo tiempo religión, virtud, derecho, justicia y deber) que es la ley cósmica (Román, 2003, p. 66; Tamayo, 2009, p. 252). Es la forma de conexión espiritual con el mundo (Losano, 1993, p. 261). Mientras que en occidente las normas son para ser obedecidas, en oriente son para ser vividas, identifican, constituyen. Son las que definen al sujeto como parte de la comunidad.

Por esa vía, entonces encontramos el concepto de pecado en las sociedades occidentales como la violación de las leyes de Dios¹⁴⁷, como una ofensa en su contra que el mismo podrá castigar o perdonar. El pecado es un asunto bilateral de cada uno con Dios. Por el contrario en las lógicas orientales existe el concepto de *Karma* que podrá ser beneficioso o negativo. Cada persona establece en cada uno de sus actos una relación con lo trascendente a lo que se pertenece mediante la intención en sus actos que se siembran como una semilla para dar luego unos frutos (Román, 2003, pp. 118-119). No hay otro que impone obrar correctamente, sino un nosotros en el que lo que cada uno hace arrojará sus resultados sobre sí mismo. Nadie lo perdonará aunque ore. Lo que debe hacerse es actuar con la ley porque ella produce un buen karma generado y regenerado en un tiempo infinito.

Galtung hace un análisis en el que muestra una clara sucesión que lleva a que de las respectivas religiones deriven sus sistemas de gobierno, su juridicidad y la

¹⁴⁷“En el judaísmo existe el concepto de pecado, entendiendo por tal cualquier violación de la ley de Dios”. En todos los casos plantea una relación del sujeto con el ser superior: Het es el pecado sin intención, ‘Avon es el pecado con intención y Pesha es el cometido en desafío a Dios. (Díaz-Mas & De La Puente, 2007, p. 95)



regulación que hacen de la conflictividad. Mientras que la cosmogonía oriental se entiende que el derecho es constitutivo de la comunidad y actuar según él es lo virtuoso y la mejor forma de ubicarse en ella, en la occidental es una obra que alguien otorga (o impone) al colectivo social y a cada uno le corresponde acatarla o atenerse al castigo que se le puede infligir.

En las sociedades occidentales el concepto de pecado evoluciona en el de delito¹⁴⁸ como la violación de las normas de ese sujeto poderoso facultado para castigar o perdonar. Pero también es el escenario donde emergen conceptos imposibles en otras estructuras culturales como el de derecho subjetivo (como atributo de cada persona) y el de derechos humanos que dan la posibilidad de movilizar a ese ser superior (en este caso el Estado) que sólo es legítimo si responde en defensa de ellos. Cuando se tiene un conflicto en las sociedades orientales estará presente el *dharma* para indicar cuál es el horizonte religioso, ético y jurídico para llevarlo bien y el *karma* nos dirá lo que debemos hacer, cómo actuar para nuestra propia vida en el futuro. En las sociedades occidentales lo que contaría para las partes es la claridad de las reglas que el Estado exige que se cumplan y que cada uno exigirá al Estado cumplir y hacer cumplir. Con base teológica se pueden rastrear las raíces más profundas de las diferencias entre la cultura jurídica occidental y la de otras sociedades.

¹⁴⁸En el derecho islámico hoy no se diferencia mayormente entre pecado y delito y la rama penal del derecho sólo aparece en el siglo XII de la Hégira. (Losano, 1993, p. 249).



B. El sistema judicial europeo: un proyecto

(#32) La espacialidad nacional del poder se construyó alrededor del poder tradicional del rey como consecuencia de un complejo y prolongado proceso de lucha y negociación en el que el monarca fue articulando los intereses emergentes de una sociedad que se transformaba a su interior. Los mecanismos jurídicos de organización social y de manejo de la conflictividad precapitalistas fueron perdiéndose de vista como entidades autónomas, bien porque se les invisibilizaría, bien porque fueron aniquilados, bien porque fueron articulados de manera subalterna al derecho oficial, que es como ya se empieza a llamar el ordenamiento que se respalda en la creciente fuerza regia. Ese proceso de subordinación¹⁴⁹ de los órdenes jurídicos medievales al creciente poder del Estado nacional se da sobre la fórmula transicional de los fueros. Los fueros se usaron para permitir la diversidad jurídica y cultural que de todas maneras seguía habiendo en regiones sometidas o para articular en la espacialidad nacional, en construcción, espacialidades que eran mayores que los reinos, como la del comercio o el clero, o menores que él, como la de los señores feudales (Ardila, 2007).

Sin embargo, ese fue un largo periodo de transición que tomó varios siglos. Hacia el siglo XVI, el rey se fue estableciendo como potencia máxima pero seguía limitada por otros poderes y órdenes jurídicos. Se hacía cada vez más extensa una dinámica de relaciones sociales en la que convivían algunos de los viejos privilegios con el poder emergente de la burguesía. Unos y otros competían a partir de órdenes regulativos diferentes que, al entrecruzarse, no necesariamente encontraban coherencia entre sí. En lo económico, se iba construyendo un alto nivel de articulación

¹⁴⁹El poder del rey había avanzado sobre terreno firme durante toda la baja edad media pero no llegó a convertirse en un poder exclusivo. La Carta Magna de 1215 no sólo daba noticia del poder de contención que tenía la nobleza de entonces sino, también, sobre la indudable expansión del poder regio.



social alrededor del mercado. Un mercado que no sólo se estaba generalizando en cuanto a los productos sino también en cuanto a la fuerza de trabajo¹⁵⁰.

Las relaciones de producción y de intercambio estaban desbordando el ámbito del feudo y buena parte de las mejores tierras se habían integrado a los circuitos de producción manufacturera y al comercio. Pero ello no decretaba la extinción de la justicia y el poder locales. En Europa Occidental, todavía entrado el siglo XVII, el espacio local no había sido subordinado por el poder del rey en amplias regiones del país. Lo que tendería a ser más contundente cuanto más pequeño y aislado fuera el lugar. Este mundo jurídico lleno de particularidades estaba presente, con su sistema de fuentes y sus propias instituciones. Wolkmer también muestra que la sociedad articulada alrededor del Estado moderno convivió con formas comunitarias de justicia y de pluralismo jurídico. Aunque ello no descarta la creciente preeminencia del orden jurídico estatal (Wolkmer, 1994, pp. 39-40).¹⁵¹

Estos grandes cambios se consolidan en el contexto europeo de los siglos XVI y XVII como la forma de organización política que surge de una situación de crisis causada por el desfase entre la nueva espacialidad y su particular forma de organización de las relaciones sociales, frente a unas estructuras de poder y de regulación que no podían abarcar la nueva realidad. La crisis sería causada por la contradicción entre la nueva espacialidad, impulsada por las relaciones capitalistas en expansión y las formas de poder medievales. El espacio del reino, cada vez más transformado en territorio nacional, no sólo exige un lugar preeminente frente a los

¹⁵⁰Macpherson muestra que la mitad de la población ocupada ya era asalariada (1979, p. 62).

¹⁵¹ Como lo demuestra el propio Hespanha para el caso portugués, en todo el territorio del reino a lo largo de la época moderna “Incluso en el siglo XX –pese al papel igualador y centralizador del Estado contemporáneo y pese a la eficaz tarea de descaracterización cultural de los mass media- se pueden hallar pervivencias de los sistemas político-administrativos tradicionales. Con una autonomía y capacidad de auto-ordenación, tales que no ha faltado quien los llame ‘estados independientes, con gobierno y legislación propia’” (Hespanha, 1989, p. 372).



otros espacios sino que reclama una estructura homogénea y única de poder y de regulación de las relaciones sociales. Pero no es que los otros espacios de poder hayan dejado de existir. Lo que ha pasado es que la espacialidad, local y global, mucho menos importantes que en la edad media, se subordinan a la cada vez más definitiva espacialidad nacional.

Entonces, lo que se define como el nacimiento de un Estado, una forma de organización del poder, es, al mismo tiempo y ante todo, el nacimiento de una manera de organizar la espacialidad. Y esa espacialidad se caracteriza por su declaración de un solo centro de irradiación del poder y del derecho, frente a la pluralidad jurídica y política que venía de la época medieval¹⁵², que en alguna medida se había vuelto el estado de naturaleza del que dio cuenta Hobbes y sobre el que reflexionamos en el capítulo primero (#3). El Estado moderno surge, en términos prácticos, como un camino de organización que tenderá a verse reforzado en la medida que se expande y se consolida la sociedad capitalista¹⁵³. El sistema judicial, centralizado y jerárquico, se entroniza como máximo sistema de regulación del conflicto en el espacio político predominante en la modernidad, en lo que se llama territorio nacional.

Más allá de la existencia de unos fundamentos culturales comunes en la juridicidad de toda Europa, cuando surgen los estados, las naciones están todavía lejos de constituir una realidad cultural y social. En orden a su formulación teórica, habría muchas más naciones (sociedades ligadas con una identidad) que los llamados estados nacionales que se establecen. Del mismo modo, hay muchos territorios social y culturalmente homogéneos que sencillamente no prosperan porque fueron dividieron entre potencias militares mayores. En realidad, los Estados nacionales son

¹⁵² Y romperse buena parte de sus circuitos culturales, al ser permeado en todos sus espacios por los valores y las relaciones que se promovían desde la sociedad mercantil.

¹⁵³ La sociedad antigua carecía de herramientas de gobierno eficaces frente a las nuevas realidades y habían sobrevenido diferentes expresiones de violencia, reclamando el surgimiento de nuevas instituciones.



esencialmente una tautología, aunque eficaz. Es la consecuencia de una declaración política de soberanía hecha a partir de un acto de fuerza o con el respaldo de la amenaza de usarla, sobre el cual se construyó la "mitología"¹⁵⁴ que proclama el monopolio del uso de la fuerza y la vigencia de un único sistema jurídico (garantizado por esa fuerza presuntamente monopólica) en un territorio.

Para Mann hay un momento esencialmente militar que implicó la imposición del poderío de un actor sobre los de otros que tenían vigor dentro del mismo territorio. Luego, ese poderío tendría que ir transformándose para hacerse sostenible más allá del poder destructivo. Hubo de dar curso posterior a una etapa en la que los distintos poderes se fueron fundiendo alrededor del poder fundante. Durante siglos se irá evolucionando de lo que él llama los Estados masivamente militaristas hacia lo que llegan a ser finales del siglo XIX: una mezcla de militarismo y civilidad.

“En la segunda fase protonacional, el capitalismo comercial y los Estados militaristas desplazaron a las iglesias de su papel de principales comunicadoras de mensajes entre los planos intensivo y extensivo del poder. Sin embargo, ninguna de sus organizaciones autoritarias se adecuó al objetivo. El capitalismo comercial no produjo más que tímidas organizaciones vinculadas por un objetivo difuso y amoral. La organización autoritaria del Estado militar se vivió como una experiencia inmoral y explotadora. De ahí que tanto el Estado como el capitalismo se movilaran de modo más indirecto, principalmente a través de las redes de alfabetización discursiva que habían generado”. (Mann, 1997, p. 308)

Ese acto político, tiene sus particularidades y su historia en cada caso pero fue un proceso gradual en el que hubieron de movilizarse fuerzas sociales como las que menciona Mann en su concepto de Protoestado. Se trata de unas redes que en sus dinámicas concomitantes van convirtiendo lo nacional en la espacialidad dominante, articulada a través de un Estado que se va irguiendo con ella. Con Boaventura Santos podemos sostener que el estado, al proponerse como la contraparte de una

¹⁵⁴ Uso aquí la célebre expresión de Fitzpatrick (1998)



subjetividad (que vino a imponerse en la modernidad) cuyas principales características serían su individualidad –en desmedro de las identidades colectivas- y su abstracción (descartando los elementos definatorios de las individualidades concretas) terminó reuniendo –y en muchos casos reduciendo- todas las identidades colectivas a la estatal, generándose la idea de la existencia de una identidad de las mismas proporciones a la del estado: la sociedad. Las comunidades fueron empujadas hacia su disolución (Santos, 1998 b, pp. 163-165), para lo cual se empezó por invisibilizarlas.

La emergente estructura de poder no lo tendría fácil y en un largo proceso habría de luchar a brazo partido frente a los poderes constituidos dentro del declarado territorio nacional¹⁵⁵. Entonces, las dinámicas de justicia existentes toman por tres caminos distintos. Unas simplemente son arrasadas por ser consideradas estratégicamente antagónicas con el nuevo orden. Otras se incorporan en calidad de competencias o jurisdicciones subalternas al poder central, acompañadas de elaboraciones discursivas que le tienden un puente de coherencia hacia el escenario jurídico dominante. Las demás dinámicas se mantienen de manera más o menos marginal. Continúan hasta tanto la fuerzas expansivas del proyecto político y jurídico moderno logren superar la resistencia de sus estructuras políticas y culturales o que cambie el contexto favorable a una justicia por fuera del aparato del Estado.

En la medida en que se fueron reconfigurando los poderes tradicionales como ramas del poder público, también cada uno fue estableciendo su ámbito de incidencia en la administración de justicia. Los órganos de representación feudal se transforman en parlamentos y son los encargados de emitir las leyes sobre las que se fundamenta la administración de justicia. Los reyes se convierten en el ejecutivo que se encarga de la marcha del gobierno. Los jueces se organizan nacionalmente en una estructura

¹⁵⁵ El proceso llamado de unificación sólo concluye en Alemania e Italia hace un poco más de cien años, pero puede decirse que en toda la historia de los países occidentales las luchas, y las negociaciones, con los poderes internos han estado presentes.



centralizada, subordinada a las leyes pero, teóricamente, no a otro poder del Estado. Hemos dicho que, a los jueces y a los tribunales corresponde fundamentalmente establecer, en un caso de conflicto, quien cumplió o no con la ley. Hoy es esa la esencia de la A de J, como lo vimos en el primer capítulo (#11 y #15). Y esa es la labor jurisdiccional que se fue centralizando de manera más o menos paulatina¹⁵⁶. Las tareas de legislar y ejecutar experimentaron un proceso de centralización diferente. Cuando se fue dando la de la sanción, se posibilitó el crecimiento del aparato administrativo. La centralización legislativa se generó alrededor de la creciente intervención del rey en la gestión de los conflictos en interacción y negociación con los poderes feudales, que fueron cediendo su poder local a cambio de participación en el poder nacional que se objetivaba mediante las leyes de los nacientes Estados. Con lo que dieron origen al parlamento como órgano legislativo (Kelsen, 1992, pp. 168-182).

La centralización de la administración de justicia condujo a un aparato judicial, establecido como una burocracia organizada de manera jerárquica, supeditada en sus procedimientos y en sus referentes a una regulación única¹⁵⁷. Con lo cual se fue posicionando como órgano privilegiado para la gestión de la conflictividad¹⁵⁸. En el

¹⁵⁶Lo cual, en los propios países europeos de entonces, significó pérdida de recursos para llegar a la administración de justicia a una gran parte de la población, como pudo observarse en su momento, en el caso francés: “la abolición del feudalismo suprimió la justicia señorial y, con ella, toda forma de justicia local o próxima: los casi 70.000 jueces señoriales existentes hacia 1789 fueron reemplazados por apenas 7.000 jueces cantonales. Fuera de las ciudades que tenían justicia real (les premiers présidaux), la justicia señorial, primer grado de jurisdicción, era la única forma de justicia posible para la mayor parte de la población francesa, que vivía en el campo y era campesina (...) Aquella justicia señorial corporizada en un hombre cercano –para bien y para mal– fue incluso en ocasiones vindicada y preferida por los justiciables frente a la justicia regia, lejana, costosa e inaccesible, a la cual además no podían manipular, y menos aún predecir sus resultados.” (Barriera, 2012, p. 55)

¹⁵⁷ Deciden asuntos de acuerdo a un criterio de importancia. El principio procesal de la doble instancia y la apelación se presenta como instrumento de coherencia judicial que tendería a dar mayor seguridad jurídica.

¹⁵⁸ “Una comunidad jurídica con una administración y unos tribunales constituye un Estado. Como ya hemos dicho, el Estado constituye un ordenamiento jurídico centralizado; una comunidad constituida por un ordenamiento jurídico centralizado” (Kelsen, 1992, p. 179).



articulan instancias estatales especializadas, integradas por miembros profesionales (dedicados de manera casi exclusiva o primordial a su cargo y con una formación específica en el campo jurídico) cuya función es decidir conflictos en la esfera privada y pública.

(#33) Establecido el sistema judicial como lo conocemos en las sociedades modernas, ha transformado su rol esencial porque ha cambiado de manera rotunda el escenario en el que se desempeña. Los contextos políticos generaron diferentes posiciones de los jueces en las relaciones del poder al interior del Estado y en la historia de cada uno de los países. Pero puede decirse, que durante el siglo XIX y XX, los jueces experimentan transformaciones esenciales en su posición de cara al sistema jurídico. Desde las revoluciones burguesas suele hablarse de una etapa clásica liberal (Santos, 2000; Fioravanti, 1996) en la que, con diferencias entre unos países y otros, el Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba de un reducido grupo de servicios que parecían de su esencia: la guarda de fronteras (ejército), la garantía del orden público (policía) y de su proclamado monopolio en la administración de justicia. A esta última, que según el paradigma debería ser una función propia y exclusiva del Estado, sus campos de acción eran aun relativamente restringidos, porque regulaban áreas mucho más estrechas de las relaciones sociales que las que llegarían a abarcar en la época posterior. En esa época, puede decirse que el paradigma planteado arriba se realiza plenamente porque el juez se presenta como plenamente subordinado a la ley. Al presumirse la constitucionalidad de las leyes, los jueces sólo podrían garantizar derechos en orden a lo preceptuado por normas de carácter legal. De modo que el papel del operador de justicia tiende a verse como reducido únicamente a la aplicación de normas legales.

Desde finales del siglo XIX se fue estableciendo lo que se conoce como Estado Interventor, que conocería diferentes versiones en sendos contextos: estado fascista o corporativista, estado socialista, estado desarrollista y estado benefactor. En los diferentes contextos, el concepto de lo público se fue ampliando, el derecho se



expandió hacia diversos campos de la vida y, con ello, el área de acción hipotética de la jurisdicción. El Estado Benefactor propugna una nueva relación de los ciudadanos con la Constitución en la que ésta tiene fuerza normativa directa, sin requerirse la mediación de la ley. Entonces, los catálogos de derechos humanos cobran fuerza vinculante y a los jueces se les va ampliando el papel como intérpretes ya no sólo de los textos legales, sino de la propia constitución¹⁵⁹. El derecho de familia, el derecho laboral, se convirtieron en ramas extensas del derecho. Al tiempo que se legislaba sobre diversidad de aspectos que en la época precedente estaban ubicados en la esfera privada como el medio ambiente, la salud ocupacional o la competencia mercantil.

Pero, si bien muchos de los conflictos tendieron a ser abarcados por el derecho estatal, el aparato judicial no llegó a ofrecer la respuesta cualitativa y cuantitativa que exigían los nuevos tiempos. En la medida en que las dinámicas de poblamiento (migración y urbanización) fueron avanzando, las resistencias de los espacios comunitarios parecieron ceder y los conflictos se fueron ubicando cada vez más en lugares en los que el sistema jurídico estatal fue apareciendo de manera expansiva como el área privilegiada de regulación, sin que llegara a construir una capacidad suficiente y pertinente¹⁶⁰ para atender la creciente demanda. Ello llevó a que, en la práctica, muchos de los temas de conflicto difícilmente se abordaran a partir del Derecho y menos por los tribunales. Entonces, durante esa época, en la misma medida que el Derecho estatal ampliaba los campos de su pretendido monopolio, se fue abriendo y profundizando la brecha de los espacios y relaciones que no se sometían a

¹⁵⁹Qué, como se dijo arriba (#22), ejercerán dependiendo la posición de preeminencia que tenga cada uno en el campo jurídico.

¹⁶⁰Como lo vimos en el Capítulo Primero, las necesidades surgidas pero no tramitadas en los diferentes espacios estructurales desbordan no sólo cuantitativamente sino también cualitativamente el sistema judicial en tanto este carece de medios para ofrecer salidas que den solución a la mayoría de ellas garantizando la cohesión social (#7).



esa estructura de regulación¹⁶¹. El acceso a la justicia para amplios sectores excluidos es un problema que atraviesa el siglo XX.

En realidad el paradigma jurídico político moderno lo que ha hecho es transformarse a lo largo de los cuatro siglos en que se ha desarrollado pero sin dejar de establecer mecanismos de exclusión. Hay desde luego, una zona muy importante de las relaciones sociales que se consideran de la esfera privada que “naturalmente” no pueden ser objeto de la acción pública (como han tendido históricamente a estar las relacionadas con el espacio doméstico o el uso de la fuerza de trabajo en el espacio productivo). Hay también otra parte de la exclusión que se produce de manera declarada o solapada, mediante mecanismos diversos de discriminación o de marginación sobre personas que, a pesar de compartir el territorio y relacionarse dentro de las zonas de legalidad no entran en ella porque carecen de la condición de ciudadanía.

Boaventura Santos (Santos & García, 2001, pp. 14 y ss.) explica que estas dinámicas de exclusión son simplemente la contracara de la inclusión que se proponen en lo que se conoce como el contrato social moderno. Para participar en esa teórica contratación habría que compartir un espacio-tiempo, y sistema axiológico y de medida. Las sociedades modernas se estructuran sobre un espacio-tiempo nacional donde se producen las relaciones de intercambio, la organización política y la identificación cultural. Otras espacialidades, local, transnacional o global, prioritarias en culturas tradicionales no tienen cabida. El régimen axiológico supone que se comparte una cierta manera de ver el bien común a partir de individuos que interactúan libre e igualitariamente en espacios que se conviene en validar como públicos. Un bien común colectivo o integrado a la naturaleza, propio de pueblos

¹⁶¹Lo mismo puede verse en el terreno penal. Aún en los países desarrollados las cifras de delitos y de delincuentes vienen en aumento desde la segunda postguerra, mucho más que los instrumentos del Estado para contenerlos (Dahrendorf, 1994, p. 16). El estado se muestra tendencialmente incapaz de garantizar la seguridad y proteger los derechos.



indígenas americanos, debe desaparecer para participar del contrato (Locke, 2006). El sistema de medida considera tiempos y espacios similares que permiten comparar para establecer similitudes y diferencias, intercambiar dinero y mercancías, prestaciones y contraprestaciones, delitos y sanciones.

Institucionalmente el contrato social se produce en tres planos: económico, político y cultural. Lo primero significa que los partícipes del contrato reciben los beneficios que ofrece la sociedad capitalista: salario, bienestar social, derechos económicos y sociales. En el ámbito contractual se incluyen y se excluyen sectores (turcos, palestinos, indígenas)) o relaciones laborales (trabajo, doméstico). La institucionalidad política del contrato se relaciona con la posibilidad de participar del direccionamiento de la sociedad y de incidir en la regulación que hace el Estado en ella. Con lo cual se redujo lo político al Estado y lo privado se excluyó de lo político. En lo cultural, el contrato significa la emergencia de un nivel nacional de la identidad cultural mediante la educación nacional y otros mecanismos ideológicos complementados con la territorialidad que impone la guarda armada de las fronteras. Con lo cual, se produjo no sólo el aniquilamiento de culturas diversas que pueblan los territorios nacionales sino que se destruyen los conocimientos, las cosmogonías se desconocen, se trivializan o se satanizan.

C. Colonización judicial en América Latina

(#34) Si entendemos que hay globalización cuando una dinámica local se convierte en global relegando a las instituciones con campo de acción similar a la condición de locales (Santos, 2009a, p. 309), tenemos que decir que el sistema judicial se viene globalizando desde el siglo XVI. Pero la globalización judicial es una para los



globalizadores y otra para los globalizados. Mientras el sistema emergente reportó en Europa avances en la remoción de los privilegios medievales y sus factores de discriminación social, simultáneamente se desarrollaba en América Latina como herramienta que profundizaba las desigualdades. Si entre los siglos XVI y XX las potencias del “viejo continente” pudieron desarrollar sus instituciones democráticas coetáneamente con la experiencia descomunadamente masiva de opresión y violación de derechos en su relación con la población de sus colonias, fue en un proceso complejo de colonialismo¹⁶² y de eurocentrismo¹⁶³ que configuran las instituciones judiciales de manera diferenciada¹⁶⁴ y como herramienta para mantener la diferenciación. Y es precisamente la marca colonial y eurocéntrica lo que define la

¹⁶² Quijano describe el colonialismo como una dinámica compleja que se impuso a través de: (i) expropiación de riquezas y saberes que podrían entrar en el circuito capitalista; (ii) represión a los intelectuales y los dispositivos de producción de conocimientos, de arte, etc.^{162, 162}; (iii) finalmente, forzaron a convertirse en aprendices de los saberes del país dominante en cuanto al modo de vida y de pensar, empezando por la imposición de la religión del colonizador. Lo cual podía hacerse sin reatos gracias a que el etnocentrismo que desarrolló le otorgaba la creencia de que el colonizador es portador de una cultura superior y el racismo la de suponerse de mejores condiciones de nacimiento. El colonialismo creó una nueva identidad negativa para los no europeos (primero indios y luego negros) mediante la cual eliminó su condición de sujetos en la producción cultural de la humanidad. Se les considera razas atrasadas, primitivas e inferiores incapaces para una producción cultural superior. Desde el punto de vista de su construcción intelectual, el etnocentrismo sustenta lo propio como lo más acabado, lo más actual, mientras que lo demás recibe el lugar del pasado, de lo inmaduro, de lo precario. (Quijano, 2000, pp. 210 y ss.).

¹⁶³ La categoría que complementa esta estructura de poder planetario es el Eurocentrismo: "La elaboración intelectual del proceso de modernidad produjo una perspectiva de conocimiento y un modo de producir conocimiento que dan muy ceñida cuenta del carácter del patrón mundial de poder: colonial/moderno, capitalista y eurocentrado. Esa perspectiva y modo concreto de producir conocimiento se reconocen como eurocentrismo" (Quijano, 2000, p. 218).

¹⁶⁴ "Comenzó como una colonización interna de pueblos con identidades diferentes, pero que habitaban los mismos territorios convertidos en espacios de dominación interna, es decir, en los mismos territorios de los futuros Estados-nación. Y siguió paralelamente a la colonización imperial o externa de pueblos que no sólo tenían identidades diferentes a las de los colonizadores, sino que habitaban territorios que no eran considerados como los espacios de dominación interna de los colonizadores, es decir no eran los mismos territorios de los futuros Estados-nación de los colonizadores." (Quijano, 2000, p. 228)



principal de las particularidades genéticas del SJ en América Latina, impuesto agresiva y discriminatoriamente dentro del paquete institucional traído originalmente por el imperio y luego renovado por las dinámicas de poder nacional -global que le vienen sucediendo.

La principal particularidad del proceso de modernización europea es que surge como resultado de una dinámica que, desde una perspectiva de grandes civilizaciones, debemos considerar intracultural -en el sentido planteado en el primer apartado de este capítulo-. Mientras, por el contrario, en otras regiones del mundo es la consecuencia de un choque, generalmente violento, de la cultura europea contra ellas¹⁶⁵. En Europa occidental el proyecto moderno de A de J se construyó sobre una realidad más o menos homogénea. El orden jurídico estatal y su correspondiente sistema de administración de justicia se impusieron, no sin conflictos, en comunidades que, a pesar de tener hondas diferencias sociales y culturales, habían pasado por un fuerte y prolongado proceso de homogenización.

Más de diez siglos de cristianismo (bajo una dirección centralizada y consolidada en los últimos cinco) y un periodo aún más extenso de imposición de una construcción discursiva en torno al derecho romano, habían logrado poner un cimiento sobre el que fue posible la transición, sin rupturas tan dramáticas como las que hubo que hacer en América Latina o en África¹⁶⁶. Norteamérica y Australia son una continuidad de las tendencias que venían desarrollándose en Europa,

¹⁶⁵Boaventura Santos afirma (1998 a, pp. 74 y ss.) que la experiencia de la modernidad estatal hace parte de una transformación integral en Europa, mientras que en las otras regiones es una transformación puramente parcial que genera fracturas aun cuando haya sido una autoimposición, como ocurre con Japón y China.

¹⁶⁶LaLa construcción del orden jurídico político en África es diferente del de América Latina entre otras cosas porque la independencia de aquellos fue obtenida por afrodescendientes en una tierra que ancestralmente les pertenecía, mientras que la de aquella fue alcanzada por quienes se sentían legítimos herederos de los expoliadores europeos. Entonces, en el caso de África no hay una cabeza de playa, un sector occidentalista de primera línea que conjugara los verbos en primera persona en relación con Europa, mientras que en América Latina sí.



principalmente porque ahí no hubo transición ni encuentro entre sistemas¹⁶⁷. Simplemente, los colonos trasplantaron sus estructuras culturales, políticas y jurídicas y a partir de ellas construyeron su institucionalidad. Luego de que, por supuesto, fueron aniquilando o marginando absolutamente a la población aborígen con su cultura y todas sus instituciones.

En el caso de América Latina el proceso es mucho más complejo por la manera como se dio la interacción colonial con los pueblos aborígenes y luego con la población africana, trasladada para servir como esclava. En cuanto a la primera, a pesar del gravísimo daño que recibieron los pueblos indígenas y sus instituciones tras la invasión, en general, la población no fue arrasada en su totalidad sino que se le sometió y sus identidades fueron recreadas para explotarlas y discriminarlas. Buena parte de las estructuras políticas existentes fueron cooptadas o reformadas por las potencias ibéricas y se inició un proceso de aculturación que nunca llegó a ser pleno en la mayor parte del continente porque se dieron procesos diversos. En cuanto a la población afrodescendiente, la mayor parte fue incorporada de manera violenta en la escala más baja de la estructura político –jurídica de la colonia¹⁶⁸. Sin embargo, una pequeña parte de ella lograba vencer las barreras esclavistas y reagruparse en comunidades, con sus propias estructuras, por fuera del alcance del poder colonial.

Si bien el orden imperial ibérico sólo reconocía el derecho del Estado colonial, de cualquier modo, en la sociedad se dio un prolongado choque de sistemas en cuyos

¹⁶⁷ Resulta del mayor interés el análisis que hace Fitzpatrick al mito del estado de naturaleza y el papel del Leviatán en las diferentes elaboraciones conceptuales del mundo occidental. Allí se va a encontrar que se hacía una recurrente proyección del mito hacia el mundo ocupado por otras civilizaciones, en particular por las amerindias entonces ya en contacto con el mundo europeo (Fitzpatrick, 1998, pp. 75 y ss. y 113 y ss.). Una proyección que sustenta la postura asimétrica que reinó: la compatibilidad de un proyecto igualitario y liberal hacia adentro y despótico y esclavizante hacia otras culturas y regiones.

¹⁶⁸ La mayoría en el Caribe y Brasil.



extremos se podían diferenciar órdenes jurídicos enfrentados¹⁶⁹: de un lado, el propio de la potencia colonial y del otro, el que tenía cada una de las comunidades o naciones, frente a las que entró a actuar el sistema que patrocinaba la metrópoli. El primero, por supuesto, sufrió importantes adecuaciones para garantizar la dominación y la explotación transoceánica. La Encomienda es la institución más importante establecida en la legislación para “las indias occidentales”. Mediante ella, un ibérico recibía el encargo de representar legalmente a un grupo de indígenas a quienes cobraría los tributos impuestos por la corona, evangelizar y “civilizar”. En cuanto a los sistemas de derecho de las comunidades debe precisarse la existencia de una plétora de estructuras jurídicas, de muy diversa factura que, como veremos más adelante (#50, #53, #54, #55, #56), hacen difícil generalizar sobre ellas. Lo cierto es que muchas de ellas sucumbieron ante la violencia física o cultural y otras sobrevivieron transformándose según las necesidades de los nuevos tiempos y, en diverso grado, impactados por los troqueles coloniales. De modo que, al hablar de instituciones indígenas hoy, estaremos hablando de realidades diferentes de lo que pudieron encontrar los cronistas ibéricos. Del mismo modo, sería iluso pretender encontrar en las comunidades afrodescendientes constructos preexistentes de algún preciso lugar del universo de culturas de las que fueron arrancados de África.

¹⁶⁹ “(...) en 1580 fue instaurada una política de transformación total de las estructuras existentes. El resultado de esto fue que el derecho español fue el único reconocido como oficial. Por lo tanto, un sistema de pluralismo legal de jure nunca se desarrolló. No obstante, los gobiernos coloniales – y luego de la independencia los estados soberanos – no lograron crear órdenes jurídicos sólidos y por lo tanto fue común la proliferación de regímenes jurídicos no-estatales, esto es, un pluralismo jurídico de facto. En estas condiciones, multiplicidad de órdenes legales y códigos de conducta emergieron a raíz de las diferencias de clase, de identidad y de región” (García, 2001, p. 45)”



(#35)) Hechas esas precisiones, en trazos muy gruesos, en la sociedad colonial de lo que hoy es América Latina, pueden ser identificados al menos los siguientes tipos de sistemas jurídicos: El sistema imperial, la encomienda, el sistema local español y las formas de derecho propio de las comunidades indígenas y las cimarronas.

Tabla 2. Administración de Justicia en Latinoamérica colonial

Sistema de A de J.	Relaciones	Sujetos regulados	Operadores	Normas
Imperial	Colonia	Funcionarios cedulados y	Real audiencia	Leyes de indias, derecho colonial
Encomienda	Dentro de cada encomienda	Encomendados (Indígenas mestizos sometidos) o	Encomendero	Derivadas del encomendero. Influencia capellán
Propio indígena	Interior comunidad	Miembros de comunidades indígenas	Diverso (Médico tradicional, autoridad religiosa, mediador, cabildo)	Sociales y culturales
Propio cimarrón	Interior comunidad	Miembros de comunidades afrodescendientes	Diverso (Mayor, comadrona, asambleas)	Sociales y culturales
Local hispánico	Entre sujetos sin privilegios	Eurodescendientes y mestizos no sometidos	Alcalde -Jueces capitulares	Sociales y culturales.

El sistema imperial se integraba por el conjunto de normas e instituciones que regían la sociedad peninsular, con las particularidades establecidas en las Leyes de Indias que no eran más que el derecho que pretendía regular las relaciones de la Corona con las colonias. La Real Audiencia era una instancia judicial demasiado lejana de la mayoría de la población y de los procesos sociales como para pretender darle un valor considerable en la regulación de la vida de las colonias. La eficacia del derecho



colonial en la vida de la mayor parte de los territorios sometidos al dominio ibérico era casi nula: “Las leyes se obedecen pero no se cumplen”, era la consigna dominante. Aunque por supuesto, esa tendencia se invertía en lo que tenía que ver con las normas tributarias, ya que ellas sí se aplicaban de la manera más estricta (Wolkmer, 1998; Galeano, 1995, pp. 58 y ss.).

La encomienda se deriva de la ocupación, por parte de los privilegiados del poder imperial, de los espacios de poder que correspondían a las cúpulas de las autoridades indígenas. En tal caso el sistema tendió a uniformizarse en lo que se conoce como la *encomienda*. Al interior de esta estructura, por diferentes mecanismos, se establecía un sistema de poder que era impenetrable por el orden imperial de entonces. Al interior de la encomienda operaba un sólido sistema político, jurídico y religioso, presidido por el encomendero. Un español de nacimiento o un criollo que utilizaba un título otorgado por la corona según el cual se le atribuía la condición de responsable del “cuidado” y “evangelización” de un número determinado de indígenas (que generalmente correspondían a una comunidad). La encomienda era el sistema dominante en las colonias más importantes: Perú (alto y bajo), México y Guatemala. Sin embargo, es la institución principal mediante la cual se domina a la población indígena en todo el territorio imperial. Siendo la forma más recurrente de organización política y jurídica de la época colonial, en el caso de la colonia española, a pesar de que en diferentes momentos se establecieron leyes que tendieron a suavizar la agresión y la opresión a los indígenas, había ridículos mecanismos para hacerlas obligatorias.

Los sistemas de derecho propio de las comunidades indígenas que se mantuvieron durante el periodo colonial continuaron evolucionando durante todo ese periodo y lo siguen haciendo en la actualidad. Las comunidades indígenas, ahora diezmadas pero suficientemente diversas aún y, en varios países mayoritarias, habían logrado sostenerse desarrollando cambios muy importantes en sus estructuras jurídicas. Tales cambios se produjeron en dos contextos diferenciables: (i) cuando la



población indígena se somete a las estructuras coloniales, el poder imperial promueve la homogeneización en la forma de las instituciones de comunidades. Así, instituciones políticas importadas desde España como el cabildo, o castigos como el cepo, llegaron a extenderse entre las comunidades de varias regiones del continente, aunque no de manera idéntica. Tales instituciones fueron apropiadas por ellas de acuerdo con sus respectivos resortes culturales. (ii) Cuando se trataba de comunidades con las que el poder colonial no llegó a establecer un dominio directo, bien porque se estaba en una lucha para aniquilarla o expulsarla del territorio, bien porque ellas optaron por retirarse o porque sus territorios no habían llegado a estar en el interés del invasor, las normas e instituciones indígenas no tuvieron una ruptura muy drástica y continuaron evolucionando al mismo ritmo que la comunidad tradicional y en orden a las nuevas necesidades.

La Justicia cimarrona se encuentra en una parte de la población africana que logró escapar y luego resistirse al yugo esclavista ya en tierra americana estableciendo comunidades con su propio sistema de organización social, de orientación de conductas y manejo de conflictos en “palenques” y “quilombos”. El caso más conocido es el de “Palmares” al nordeste del Brasil, importante no sólo por su territorio (27.000 Kms cuadrados) y Población (35.000 habitantes), sino también por el sentido libertario que logró su organización política (Torres, 1998, p. 214). Pero experiencias de menor dimensión se dieron en muchas regiones próximas geográficamente al comercio o a la explotación esclavista, ubicadas principalmente en el área del caribe y la costa pacífica tropical (Perú, Ecuador y Colombia).

Una minoría de la población en la colonia no estaba sometida a los anteriores regímenes sino que debemos hablar del predominio de una suerte de justicia local. La función de administrar justicia de los alcaldes y los jueces capitulares, que más adelante se llamarían jueces de paz, debe ser mirada en orden al contexto en el que rigieron dado que quienes tenían a su cargo la administración de justicia del estado colonial en los ámbitos más próximos, gozaban de una enorme autonomía en cuanto a



los procedimientos y en cuanto a los referentes en la toma de decisiones. En términos generales, puede decirse que la justicia local era residual respecto del tipo de sujetos a los que eran aplicables otros sistemas. De modo que sólo una parte muy pequeña de la población, españoles o mestizos no sometidos en la encomienda eran sujetos de este sistema. Hubo unas pequeñas regiones del continente que aglutinaron a este tipo de personas. En zonas de tierra que no contaban con estructuras organizativas para someter como la actual Costa Rica o la parte norte de la cordillera andina oriental (entre Colombia y Venezuela actuales). Administrada por los llamados jueces capitulares que son el antecedente colonial de los JP.

En las regiones más apartadas de los intereses del imperio, por su vínculo con las dinámicas de participación política los jueces de paz tuvieron un rol democrático en la A de J frente a los reducidos sectores en los que actuaba. Esos operadores, eran designados por las autoridades locales y muchas veces tenían el cargo de alcaldes. No debían acreditar formación jurídica sino reconocimiento por la comunidad lugareña. No recibían remuneración por su labor como administradores de justicia sino por las otras responsabilidades que tuvieren. Formalmente, sus actuaciones tenían la Real Audiencia como segunda instancia. Pero ella era físicamente impracticable en la mayor parte de los lugares, dado que sería excesivamente oneroso acudir al recurso de apelación para casi todos los casos. De modo que finalmente eran las autoridades locales las que supletoriamente podrían reconsiderar casos y ejercer el control sobre las actuaciones.

D. La justicia en la “modernización” de América Latina

(#36) Al obtener la independencia y establecer Estados que se declararon soberanos, la organización política no reportó cambios favorables para la mayor parte



de la población y en muchos sentidos continuaba siendo la misma de la época colonial, reproduciendo una estructura social piramidal heredada de los gobiernos ibéricos que ligaban el orden a valores y creencias medievales (North, 2000, p. 146) y que, aún hoy, todavía no muestran signos de llegar a superarse en varios países de la región. Los sectores dominantes, con unas estructuras clasistas, racistas y patriarcales muchas veces más acendradas que las heredadas de la colonia, monopolizan el poder y no tienen interés alguno en incluir a las mayorías en el contrato social.

“De modo que no había ningún terreno de intereses comunes entre blancos y no blancos y, en consecuencia, ningún interés nacional común a todos ellos. Por eso, desde el punto de vista de los dominadores, sus intereses sociales estuvieron mucho más cerca de los intereses de sus pares europeos y en consecuencia estuvieron siempre inclinados a seguir los intereses de la burguesía europea. (...) Los señores blancos latinoamericanos, dueños del poder político y de siervos y de esclavos, no tenían intereses comunes, sino exactamente antagónicos a los de esos trabajadores, que eran la abrumadora mayoría de la población de los nuevos Estados.” (Quijano, 2000, p. 236)

El Estado, con una estructura formal similar a la de países como Francia o Estados Unidos, era en la práctica una organización que federaba, no sin conflictos, un enorme número de poderes de los señores locales. Esas estructuras de poder siempre han sido fractales y, por tanto, sus estructuras se asemejan desde las dinámicas planetarias, a las cuales estamos sujetos como país periférico, hasta las relaciones que se dan en los espacios más próximos de nuestra realidad cotidiana. Pablo González Casanova demuestra que el colonialismo es un factor determinante de la organización mundial del capitalismo, que no sólo opera en las relaciones entre países sino también dentro de cada país. Trascendiendo la experiencia mexicana, desarrolla el concepto de colonialismo interno para dar cuenta de que en cada país hay unas regiones que se imponen a las otras¹⁷⁰. Desde la década de los setentas se viene demostrando como en

¹⁷⁰ “La definición del colonialismo interno está originalmente ligada a fenómenos de conquista, en los que las poblaciones de nativos no son exterminadas y forman parte, primero del Estado colonizador y después del Estado que adquiere una independencia formal, o que



cada región, con las mismas lógicas, un ente local se impone a otros o se estableció el poder de un hacendado (García Nosa, 1978; Guillén-Martínez, 2008).

Para que ese sistema fractal de dominación funcione no llegan a ser funcionales los valores democráticos¹⁷¹. Como correlato, se desarrolla una ideología que sustenta la desigualdad desde dos pilares que hemos venido tratando: el racismo y el eurocentrismo. Ello se traduce en que no pueden tener gobierno propio, tienen menos derechos que los que los gobiernan y los administran, se les considera de una raza y una cultura inferiores (González, 2003, p. 3). Como correlato, son élites las que en el caso latinoamericano, establecen una posición predominante en el ámbito nacional y se establecen como actores privilegiados de conexión con el sistema global de dominación a partir de reales o supuestas conexiones raciales y culturales con el mundo europeo. En el establecimiento como estados independientes ellas fueron las que se auto-incluyeron en el contrato social, del cual excluyeron a las razas y etnias “inferiores”. “Tales nuevos Estados no podrían ser considerados en modo alguno como nacionales, salvo que se admita que esa exigua minoría de colonizadores en el control fuera genuinamente representante del conjunto de la población colonizada”. (Quijano, 2000, p. 234).

El tejido político de la mayor parte de los países de América Latina puede ser entendido como el conjunto de las relaciones de esos poderes cuyo centro de acción era local. Tales poderes variaban de un caso a otro. Y había grandes diferencias entre

inicia un proceso de liberación, de transición al socialismo, o de recolonización y regreso al capitalismo neoliberal”. (González, 2003, p. 3)

¹⁷¹ Aunque se produce en la base de las sociedades modernas, este sistema sólo se puede sustentar desde fundamentos que plantean que naturalmente unos merecen más que otros: “Pero dicho ámbito no podría ser democrático, esto es, implicar ciudadanía como igualdad jurídica y civil de gentes desigualmente ubicadas en las relaciones de poder, si las relaciones sociales en todos los otros ámbitos de la existencia social fueran radicalmente no democráticas o antidemocráticas. (...) De este modo el Estado-nación empezó como un proceso de colonización de algunos pueblos sobre otros que, en ese sentido, eran pueblos extranjeros”. (Quijano, 2000, p. 227)



ellos. Una cosa era el poder local en países donde el poder español había logrado someter a consolidadas estructuras de poder indígena y articularlas a su sistema de dominación, como en Perú, Bolivia, México o Guatemala. Otra cosa era el poder local en regiones donde las comunidades indígenas fueron extinguidas como en amplias zonas de Venezuela, el sur de Brasil o de Argentina. Una cosa era el poder local en sociedades donde el europeo había llegado a depender directamente de su propia mano de obra y otra cuando la economía funcionó a partir de la producción esclava, como en el Caribe o el Nordeste brasilero, o del trabajo de la población nativa, como en Perú o Ecuador¹⁷².

Guardadas tales diferencias, en la mayor parte de los países de la región, en el siglo XIX, la figura predominante como base del mencionado sistema fractal de dominación es la hacienda. Heredera de la encomienda, sin ella es imposible entender la manera como se organiza el poder político. La hacienda era una unidad económica, política y social en cuyo centro estaba el hacendado, propietario de un predio rural lo suficientemente extenso y rico para permitirle hacer gravitar a su alrededor tanto a los pequeños propietarios que estaban cerca de él, como a los trabajadores no poseedores de tierra. Muy buena parte de la base de esa estructura social la conforma una porción de la población indígena que había sido aculturizada y la gente mestiza que se fue acumulando durante tres siglos de régimen colonial. El hacendado establecía un vínculo sumamente complejo que connotaba dimensiones afectivas, económicas y políticas. En lo afectivo el hacendado era padrino o compadre prácticamente de toda la comunidad. En lo económico la relación estaba marcada por la inevitable centralidad de cada hacienda en los procesos de producción y de distribución. Para sembrar, cosechar y comercializar siempre era necesario asociarse

¹⁷²Quijano diferencia varios modelos según patrones “raciales”: del Cono Sur (Chile, Argentina y Uruguay) donde se buscó exterminar a los aborígenes y poblar con blancos, con los cuales pretendió establecer estados nacionales; mientras que el resto de países serían de mayoría no blanca (mestiza, indígena o afro) pero los blancos imponen su dominación. Aquí se refiere precisamente a éstos últimos.



(de manera muy inequitativa) con el terrateniente. Al ser el hacendado el vínculo privilegiado con el mundo externo, se convertía en canal obligado tanto para el acceso al comercio de insumos como para la colocación de productos en el mercado. Con ello se convertía, casi por inercia, en líder político y militar. De modo que la participación política establecida en las instancias estatales estaba mediada también por las estructuras de poder hacendario¹⁷³. Se pertenecía al partido del hacendado, se votaba por quien él dijera y se hacía la guerra contra quien él indicara. Un sistema clientelista cohesionaba a los hacendados en el partido que los federaba nacionalmente. Pero cada hacendado era el poder máximo en cada localidad, por encima de cualquier autoridad formal del Estado¹⁷⁴.

Sin embargo, seguían existiendo comunidades indígenas, muchas de ellas en retroceso frente al avance de los poderes locales y dinámicas de colonización sustentados en el racismo de siempre. El proceso independentista estimuló la ambición por los territorios de las comunidades aborígenes y avivó en muchos casos la persecución a los pueblos indígenas e incrementó los niveles de racismo en nombre de la civilización moderna y en beneficio de quienes se quedaron con sus tierras o se aprovecharon de su mano de obra casi gratuitamente. Los principios del nuevo paradigma pregonado, como el monismo jurídico o la unidad nacional, fueron usados contra los pueblos indígenas. Países como Guatemala, Perú o México dejaban por fuera de su sistema de ciudadanía a la mayoría de su población, al dar tratamiento como menores de edad a los indígenas que mantuvieran su identidad y siguieran vinculados a las estructuras políticas de su pueblo. En medio de esta arremetida, muchas comunidades aborígenes seguían manteniendo su integridad como colectivo y

¹⁷³ En el fondo lo que siguió, con la apariencia, de un estado similar al europeo, fue una sociedad completamente estratificada por sectores sociales, por los colores de la piel, etc.

¹⁷⁴ Para un completo análisis de la figura de la hacienda y su continuidad con la encomienda de la época colonial puede verse Guillén-Martínez (2008, p. 230 y 231.). El análisis más comprensivo de la relación entre los poderes rurales y las estructuras de poder político en toda la región puede encontrarse en Antonio García Nosa (1978).



vivas sus instituciones. Muchas de ellas se fueron transformando desde las dinámicas propias, otras significaron el establecimiento y apropiación de instituciones occidentales.

Coetáneamente se fue produciendo una cierta homogenización racial en los países por varias vías: (i) en el Cono Sur (Uruguay, Argentina y sur de Chile y Brasil), mediante un aniquilamiento indígena similar al que se dio en Estados Unidos o; (ii) en dinámicas de blanqueo en Colombia¹⁷⁵ y Venezuela que sobrepusieron rasgos fenotípicos europeos sobre genotipos matrices indígenas¹⁷⁶ y donde la población indígena tendió a desaparecer para, en muchos casos, terminar sustituidas por africana. Otra cosa es el proceso crónico de genocidio cultural como el que se dio sobre indios, negros y mestizos, como en México, Perú, Ecuador, Centro América y Bolivia donde una minoría pequeñísima, de piel blanca, ha negado históricamente las más mínimas condiciones de acceso a la ciudadanía de las mayorías.

¹⁷⁵El fenómeno del blanqueo puede verse en el poblamiento de Colombia. Ha sido objeto de estudios científicos que siendo la base fundamental genética una mayoría indígena y aunque entre los inmigrantes hubo muy pocas mujeres españolas, hoy está desproporcionalmente generalizado el fenotipo hispánico. El Instituto Nacional de Genética ha determinado que el 82% de los colombianos descendemos de una india, por nuestros genes mitocondriales, mientras sólo un 9% desciende de una española. Lo que ha ocurrido es que la imposición mediante la selección violenta o inducida del fenotipo europeo ha marcado los rasgos europeizantes actuales. Fernando Guillén-Martínez (2008) muestra en su historia del poder político en Colombia como en un municipio del occidente de Colombia (Santa Fe de Antioquia) donde en 1630 había 2500 indias, 2500 indios y 10 hombres blancos, se cambió la composición poblacional en apenas cien años llegando a más de 90 % de la población blanca. Lo ocurrido allí fue que los blancos se reprodujeron como sementales por cinco generaciones en menoscabo de oportunidades de reproducción de los hombres indígenas. El caso más conocido en Colombia es el del alemán Geo Von Lengerke de quien se llegaron a conocer más de 450 hijos (Gómez, 1982). Y hoy una región tiene como un motivo de orgullo que una muy buena parte de la población dice descender de ese señor.

¹⁷⁶ Es de anotar, sobre la colonización francesa en Haití, se menciona el papel de las mujeres en este proceso pues se pretendía que ellas fueran a las colonias a ayudar a “mejorar” la “raza”, lo que les permitió ocupar roles distintos a los tradicionales, por ejemplo, como médicas (cosa que no podían hacer en sus países de origen). Otras fueron enviadas para “pacificar” y “civilizar”/evangelizar las colonias. (DBR)



Se reconoce que hasta finales del siglo XX sólo había habido dos intentos reales pero fallidos de construir una ciudadanía generalizada en sentido moderno: México (década del diez) y Bolivia (década del 50)¹⁷⁷. Con lo cual el proceso colonial continuó y no puede afirmarse que hayamos construido verdaderos estados nacionales. Simplemente se rearticuló el poder colonial a favor de los grupos de poder criollo (Quijano, 2000, pp. 236 y ss.). En muchos casos eso se logró mediante el sometimiento de las comunidades, estableciendo con ellas relaciones de subordinación de las autoridades propias en un régimen que es al que se refiere Pablo González Casanova (2003) como de *colonialismo interno*¹⁷⁸.

(#37) Correlativamente, podría decirse que la época postcolonial se caracteriza por una situación en la que convivían dos espacialidades, cada una con su propio sistema de derecho y de administración de justicia. De un lado, en el ámbito nacional del Estado, el sistema jurídico oficial, formalmente moderno con codificaciones y un aparato jurisdiccional centralizado, con una influencia muy tímida y limitada. En

¹⁷⁷ El caso de Cuba en la década de los sesentas puede caracterizarse como una ruptura de la dinámica colonial imperante en el continente y la generación de derechos económicos y sociales impensables en el resto del continente. La discusión si eso constituye o no ciudadanía, dado el signo político y la forma como está organizado el Estado, no es objeto de este trabajo.

¹⁷⁸“Los pueblos, minorías o naciones colonizadas por el Estado-Nación sufren condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel internacional: 1. Habitan en un territorio sin gobierno propio. 2. Se encuentran en situación de desigualdad frente a las élites de las etnias dominantes y de las clases que las integran. 3. Su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo. 4. Sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de “asimilados”. 5. Los derechos de sus habitantes, su situación económica, política social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central. 6. En general los colonizados en el interior de un Estado-Nación pertenecen a una “raza” distinta a la que domina en el gobierno nacional y que es considerada “inferior”, o a lo sumo convertida en un símbolo “liberador” que forma parte de la demagogia estatal. 7. La mayoría de los colonizados pertenece a una cultura distinta y habla una lengua distinta de la “nacional”. Si como afirmara Marx “un país se enriquece a expensas de otro país” al igual que “una clase se enriquece a expensas de otra clase”, en muchos Estados-Nación que provienen de la conquista de territorios, llámense Imperios o Repúblicas, a esas dos formas de enriquecimiento se añaden las del colonialismo interno”. (González, 2003, p. 3)



segundo lugar, concomitantemente con él, en el ámbito local, las estructuras jurídicas y políticas de poder predominante, principalmente el hacendario, que si bien fueron cediendo terreno, seguían marcando la mayoría de las relaciones sociales aun durante el siglo veinte en varios países. También en el ámbito local, en los territorios indígenas, el derecho de tales comunidades¹⁷⁹, seguía rigiendo sus relaciones internas y en muchos de los casos se mantenía reafirmado por el sistema de segregación que no garantizaba el acceso de los indios a la A de J estatal.

Esa relación compleja entre las espacialidades locales no se resolvió en el siglo XX. Las comunidades indígenas se siguieron desangrando y muchas de ellas llegaron a desaparecer. Los espacios de poder local continuaron su evolución y se fueron articulando de manera diversa en los poderes nacionales. De hecho, la vía predominante de desarrollo rural, salvo México (en la década de los años diez) y Cuba (en los sesenta) fue la transformación del hacendado en empresario agropecuario¹⁸⁰. De modo que enormes masas de campesinos habían sido obligadas a abandonar la hacienda en busca de las ciudades que iban creciendo exponencialmente. Al comenzar el siglo XXI cerca del ochenta por ciento de los latinoamericanos vive en ciudades, la mayoría de ellos en difíciles condiciones sociales, en precaria situación laboral y sin poder contar con el amparo efectivo del sistema jurídico nacional. El sistema acusa los niveles más altos de litigiosidad represada, de impunidad y de desprestigio de su historia. El sistema judicial oficial no ha tenido la capacidad de satisfacer la demanda correlativa a la oferta de derechos que hacen las leyes. En los flujos migratorios que las generaron, la fuerza laboral se dirigió del sector primario al secundario y de ahí al terciario. Tales dinámicas de urbanización y de transformación de la economía están marcados por esas inercias históricas y culturales.

¹⁷⁹ Y en escala menor la comunidades afroamericanas entre otras minorías.

¹⁸⁰ Bolivia y Perú hicieron reformas agrarias cuyas realizaciones tuvieron alcance menor frente a las estructuras de poder económico y político planteadas.



E. La regulación postcolonial de conflictos

(#38) Es muy diferente la regulación de los conflictos que se observa en las sociedades capitalistas centrales de lo que tenemos en la realidad latinoamericana. Hemos visto que en las primeras, los espacios estructurales doméstico, productivo, mercantil, comunitario y global regulan las controversias sobre la base de normatividades complementarias con la centralidad del espacio ciudadano que actúa a través de diferentes instituciones en cuya cúspide está el sistema judicial. Si bien el SJ impacta de manera muchas veces negativa en las relaciones de convivencia de los países centrales, su intervención se considera excepcional porque teóricamente actúa por defecto cuando las instituciones de los demás espacios estructurales (# 7), con los que confluye armónicamente en la regulación social, han sido desbordadas. En esta región situada en la periferia del capitalismo y del mundo occidental, la regulación de los conflictos y el lugar que ocupa el judicial en ella es sustancialmente diferente de cómo se produce en el centro de este universo cultural.

Es muy diferente en la medida en que los espacios estructurales no necesariamente coinciden con los que encontramos en las sociedades modernas. Los pueblos indígenas o afrodescendientes cada uno ha estructurado de manera diferente sus dinámicas de regulación. Por ejemplo entre los indígenas Huitoto o Tikuna de la Amazonia la diferenciación entre lo productivo, lo comunitario y lo doméstico es imposible en la medida en que una comunidad es una familia ampliada de unos ochenta integrantes que regula dinámicas que estarían situadas en todos esos ámbitos en una sociedad moderna. Pero no es nuestro interés ocuparnos aquí únicamente de lo que definitivamente no es occidental.



También son diferente los postulados para las sociedades modernas de la manera como se regulan los conflictos en poblaciones que se suelen catalogar como occidentales en nuestros países. América Latina es mayoritariamente mestiza y por tanto debemos ocuparnos de la realidad de su mesticidad o de su hibridez¹⁸¹ reconociendo sus diferencias culturales con el mundo Europeo del que sólo es parcialmente tributario. De modo que la institucionalidad social sólo coincide en parte con la que se formula para los países centrales.

Siendo que la mitad del empleo en América Latina es informal, el espacio productivo se confunde con los espacios doméstico o comunitario. Es el caso de las llamadas *fami-empresas* y las *micro-empresas*: muchas veces es la familia o una comunidad entera la que trabaja (y se autoexplota) para acceder a la venta de su fuerza de trabajo. En el ámbito rural encontramos comunidades que se mantienen integradas aun cuando algunos de sus miembros se desplazan a las grandes ciudades para generar metálico necesario para adquirir ciertos productos que no se generan a nivel local. La familia del migrante queda al cuidado de los integrantes de la comunidad que permanecen en el territorio comunitario mientras quien está fuera produce dinero y lo hace llegar (De la Peña, 2005; Machado, 1998). También allí la normatividad de cada uno de los espacios estructurales puede estar muy alejada de la jurídica estatal. Es sabido que el concepto de familia nuclear que suele encontrarse en las leyes de familia es escaso o puramente ficticio en amplios sectores de la región. Lo más frecuente es que la madre esté sin su esposo y tenga a cargo los hijos y que cuando hay pareja los hijos no sean todos comunes¹⁸². Del mismo modo, en lo laboral,

¹⁸¹ Hibridez es como llama García Canclini (1989) a los rasgos culturales más gruesos que tenemos.

¹⁸²Según informa la CEPAL (2008), en América Latina sólo en Brasil y Paraguay los hogares nucleares con dos padres alcanzan el 20%, en los demás países la familia nuclear idealizada en la ley sólo ronda el 10%. La mayoría de las familias son extensas o a cargo de la madre.



lo más corriente es que las relaciones de trabajo funcionen bajo reglas de asociación o destajo entre el contratante y el contratado¹⁸³.

García Villegas (2001) señala que lo que se presenta es la convergencia de espacios premodernos con los propios de la modernidad. Haciendo una lectura de su planteamiento, diríamos que el espacio de ciudadanía en los países de la periferia capitalista precedió a la institucionalidad moderna de los otros espacios estructurales de regulación y se mantiene más o menos aislada frente a ellos, mientras que en las sociedades modernas se organiza a tono con ellas y las articula. Por esa causa, las reglas de la reproducción, de la producción, de la distribución y la identidad discurren por canales inaprensibles por la regulación estatal. Por lo cual, agregamos, las normas sociales tenderían a no ser claras, produciéndose una tendencia al caos (#49). Lo que, a su vez, genera un llamado a la regulación estatal a ocupar, así sea de manera autoritaria los espacios en los que no es hegemónica, produciéndose la sobreposición del espacio de ciudadanía con los otros espacios¹⁸⁴ estructurales de manera muy diferente a como lo hace en los países centrales. A nuestro sentir, como lo venimos planteando, el elemento principal que describe nuestra realidad está en ese desfase entre la regulación ciudadana y la que se produce en los otros espacios estructurales.

Pero, más allá, hay una dimensión particular en la cultura de nuestro subcontinente que reduce la capacidad del Estado para regular los ámbitos que demarca mediante la ley. Siguiendo a José Luis Romero, nuestro autor (García, 2001) muestra como los latinoamericanos, aún de los estratos más altos, tenemos una relación ambigua de adoración y rebeldía hacia el derecho estatal.

¹⁸³ Cerca de la mitad de los trabajadores de América Latina 47,7%, un total cercano a 130 millones, son informales (OIT, 2013, p. 57)

¹⁸⁴ García Villegas (2001, p. 35) muestra como lo político depende de espacios diferentes al ciudadano y se ejerce en combinación con ellos: clientelismo, nepotismo, corrupción.



“Por un lado, tenemos la idea de que el destino social está encadenado a decisiones legales cruciales sin las cuales la sociedad caería dentro de la anarquía y el caos. Por el otro lado, tenemos un fuerte sentimiento de independencia frente al derecho oficial, lo cual ocasionalmente toma la forma de rebeldía, o de una reivindicación de ‘derecho natural’, que justifica el hecho de emprender acciones contra, o al margen, de lo prescrito”. (p. 24)

Desde la época colonial, la clase dirigente desarrolló una obediencia selectiva de la ley española. De modo que, en sociedades altamente jerarquizadas y segregadas, el desacato de la ley por parte de los poderosos tenía muy altas posibilidades de prosperar: entre los españoles y sus descendientes se generalizó la expresión: “Se obedece pero no se cumple”¹⁸⁵. Con lo que se daba cuenta de que para los poderosos no había obligación de acatar los mandatos legales. Dicho de otro modo: el sistema de creencias heredado del imperio ibérico “personal, de lazos de parentesco y sistemas de estatus en un ambiente completamente politizado de toma de decisiones gubernamentales centralizadas, no sólo no dio nunca el paso fundamental para crear instituciones impersonales de intercambio sino que perpetuó la estructura piramidal de los gobiernos de América Latina” (North, D., 2000, p. 146).

Obsecuente con ese estado de cosas, el sistema judicial se fue afianzando en un discurso de acatamiento de las normas jurídicas, como un velo a su impotencia y correspondiente irresponsabilidad frente a los poderes reales¹⁸⁶. Correlativamente,

¹⁸⁵ El fuero territorial existente para Navarra y el País Vasco, autorizaba que disposiciones del Rey que fueran contradictorias con las normas propias tenían Pase Foral, que se denominaba de ese modo, y significaba que al Rey se obedece pero hay autorización de la autoridad local para no cumplirla. En América la decisión de proceder según el adagio quedaba en manos del poderoso.

¹⁸⁶ Como lo muestra Juan Montaña para el caso ecuatoriano: “En efecto, a diferencia de lo que ha ocurrido con las otras dos funciones clásicas del Estado, en Ecuador, la función Judicial ha sido concebida, desde la Constitución de 1830, como un poder no solo subsidiario, sino realmente desconectado de las otras dos. La “subsidiaridad” se consigue a partir de la adopción irreflexiva y acrítica de la teoría positivista del derecho que considera que el derecho, una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez”. (Montaña, 2008, p. 193)



los mismos poderosos se sustentaban en normas jurídicas, para movilizar en su favor la acción de actores del propio Estado. En consecuencia, el derecho en general sólo era exigible judicialmente contra los débiles en la escala social. Es más, en esta época, sólo una parte más o menos reducida de la población conoce sus derechos y cómo hacerlos valer, puede obtener representación jurídica, los juzgados están a su alcance y cuenta con el capital social necesario para que su caso sea tramitado. Bergoglio (2008, p. 57) muestra que en la provincia argentina de Córdoba la percepción sobre el derecho y la justicia no han cambiado. Por ejemplo, se considera que las leyes favorecen a algunos (69% en clases altas y 95 en bajas) y los operadores aplican discriminatoriamente la ley (85% en clases altas y 94% en clases bajas). Por eso surge otro dicho muy extendido que se sostiene en Colombia según el cual “la justicia es para los de ruana”, es decir, para perseguir a los más pobres: “La ley implicaba sumisión antes que derechos” (García, 2001, pp. 33 y 42).

Cada operador cuenta con mecanismos que le permiten poner los acentos en unas normas o en partes de estas. Además, a las reglas generales de las leyes se les suelen colgar excepciones (“micos” decimos en Colombia) que permiten la actuación diferenciada del judicial, dependiendo de la situación (que generalmente tiene que ver con las particularidades y la correlación de poder de los litigantes). Como correlato, entonces los sectores subalternos han desarrollado mecanismos para tomar distancia de la actuación de la justicia y una actitud con la que buscan protegerse procurando evitar el control de sus actos por el Estado y los poderosos mediante mecanismos de solidaridad por oposición: lo cual hace inaceptable informar de cualquier incumplimiento de la ley que se conozca porque se asume que el que incumple un mandato legal, ejerce un derecho a la rebeldía. Lo que se omite es que los casos más jugosos de violación de la ley son en beneficio de los poderosos y ellos mismos son los favorecidos con esa regla de no denunciar.

Para profundizar un poco más este análisis podemos valernos de la reflexión que trae Octavio Paz (1979, pp. 28 y ss.) al explicar la cultura política mexicana, en



nuestro sentir extrapolable al resto de América Latina, de que somos una sociedad que se niega o abomina de sí misma. Al hacer un análisis del impropio mayor mexicano “hijo de la chingada” deriva varios elementos que son importantes para entender nuestra relación con las normas y los derechos. La chingada sería una mujer cuya culpa es haber sido violada y sus hijos heredan la vergüenza por la supuesta culpa materna. Mientras que el mérito lo tiene el “chingón”, el hombre que logró imponerse. Con lo cual lo que muestra la expresión es la identidad latina con el hombre que irrespetea, que agrede, que viola. Su paternidad deriva de la audacia y la prepotencia. No es el patriarca al frente de la tribu o del clan, no es el proveedor de sustento y seguridad de la familia nuclear, es el conquistador español que va por el mundo dejando a mujeres sin honra y sin respaldo. Obviamente ese personaje tiene más de epónimo que de padre pero suele ser el que genera la identidad.

Esa identificación con el conquistador, padre ausente, se asocia con el fenómeno del blanqueo que es la forma perversamente extendida en América Latina de mitificación cultural¹⁸⁷. A pesar de que fundamentalmente descendemos de raíz indígena (por genética y por formación en el hogar, en la comunidad) nos movemos en el ámbito de lo europeo: la escuela, la iglesia, el Estado, son eurocéntricos. Entonces, después de nacer, podemos seguir blanqueándonos pegándonos más a lo de fuera del hogar, a lo que está en los centros del poder, a lo que nos desconoce. Por lo cual se ha esculpido en nuestra piel que nuestro éxito está ligado a cuanto más blancos, más conocedores y seguidores de lo europeo seamos. Ello implica que a diario se vaya negando o abominando de la madre, de la comunidad, de nuestra cultura mestiza, de

¹⁸⁷Fariñas sugiere que para desmitificar la cultura “sería conveniente reconstruir las tradicionales definiciones culturales que tienden a señalar los patrones dominantes de una cultura, en base a la sacralización de determinadas tradiciones y a la exclusión y a la criminalización de otras como no propias o no auténticas” (Fariñas, 2008, p. 52). En este capítulo mostramos el impacto histórico que tiene esa mitificación sobre la administración de justicia. En el siguiente volveremos sobre este problema a propósito de los procesos de globalización.



lo que nos constituye. Se ha construido una *identidad imposible*. Nos identificamos con un occidente del que nunca haremos parte.

“Aplicada de manera específica a la experiencia histórica latinoamericana, la perspectiva eurocéntrica de conocimiento opera como un espejo que distorsiona lo que refleja. Es decir, la imagen que encontramos en ese espejo no es del todo quimérica, ya que poseemos tantos y tan importantes rasgos históricos europeos en tantos aspectos, materiales e intersubjetivos. Pero, al mismo tiempo, somos tan profundamente distintos. De ahí que cuando miramos a nuestro espejo eurocéntrico, la imagen que vemos sea necesariamente parcial y distorsionada. (...) Aquí la tragedia es que todos hemos sido conducidos, sabiéndolo o no, queriéndolo o no, a ver y aceptar aquella imagen como nuestra y como perteneciente a nosotros solamente. De esa manera seguimos siendo lo que no somos. Y como resultado no podemos nunca identificar nuestros verdaderos problemas, mucho menos resolverlos, ano ser de una manera parcial y distorsionada”. (Quijano, 2000, p. 226)

Pero habíamos dicho que la ley y el poder estatal tienden a servir a los poderosos y así lo percibe la gente. ¿Cómo se resuelve esa contradicción? Pues el apego es puramente formal, en el fondo somos mestizos y actuamos como tales, nuestra relación con la ley no es para obedecer sino para utilizar. En cada oportunidad aparece el “Chingón” que muchos quieren ser. En esa justificación de la resistencia a la ley ajena, y que no nos identifica, se justifica la agresión a los derechos que hacen los poderosos. Porque finalmente se trata de que cada uno haría lo mismo si tuviera el poder. Sería un Chingón, violaría, dañaría y se ufanaría de ello.

Posiblemente el éxito de algunos recientes líderes de altísimo carisma como Chávez en Venezuela y Uribe en Colombia radica en que se pasaban por encima de la ley, de que irrespetaban las instituciones, que se “amarraban los pantalones” (léase que no se detienen a respetar derechos). Serían queridos y admirados por ser los más grandes “chingones” en la idiosincrasia que estamos retratando. Representan lo que muchos quieren ser y eso les da mucha acogida. Lo importante para salir adelante no es tener derechos sino tener poder, tener conexiones. La ciudadanía es un concepto puramente teórico, que aparece en los libros de educación cívica y se enseña en las



facultades de Derecho, pero que todo el mundo, empezando por los jueces, sabe que no es aplicable.

RECAPITULANDO

En lo que hoy se llama Europa se entendió que el sistema judicial ligado al Estado nacional sería una herramienta para realizar en cada caso valores jurídicos contruidos por más de un milenio y sobreponerse a los privilegios y los enormes desequilibrios de clase que se heredaron de la época medieval. La racionalidad jurídica europea crece con un rosario en la mano en universidades clericales y se vertebró alrededor de instituciones culturalmente particulares que son la resultante de una extensa tradición en la que confluye el pensamiento cristiano con el derecho romano y, en menor medida, el germánico. El derecho estatal moderno es el encuentro de esa racionalidad, globalizada en su tiempo por la Iglesia, con el orden nacional que venían liderando los reyes, gracias a la acción de los juristas formados en las universidades. Su actuación mediante un actor independiente de los poderes nobiliarios y enmarcado por una única ley que obliga a todos por igual, se erigió en herramienta para convertir en realidad los derechos que se establecían de un sistema jurídico tendencialmente incluyente en la medida que se fue ampliando el contrato social, gracias a las luchas sociales en un contexto de expansión capitalista.

A diferencia de los países centrales, el SJ en el conjunto de América Latina no se asocia con la garantía de derechos y la democratización de las relaciones sociales. Ello se debe al hecho de que el derecho occidental es impuesto por los usufructuarios del poder en un contexto colonial o postcolonial. Aquí el derecho eurocéntrico se impone persiguiendo, menoscabando o aniquilando las identidades de los sectores



subalternos que de diferentes maneras organizan sus sistemas de orientación de comportamientos y regulación de conflictos. Sus valores se ponen en el lugar de lo atrasado y lo bárbaro mientras que los poderosos se resignan al triste papel de ser remedo de lo occidental (al que nunca llegan) que se pone en el lugar de lo moderno, lo bueno y lo válido. Los operadores y los procedimientos no se ven como herramienta para menoscabar las desigualdades sino como una herramienta muy eficaz para beneficio de los poderosos. Habiendo permisividad social para la desobediencia de la ley resulta aceptable que el argumento jurídico sirva para escudar lo que hacen los actores que tienen una posición preeminente en la sociedad.



II. La experiencia judicial en Colombia

(#39) La manera como ha asumido el operador judicial los conflictos de clase en el país puede ilustrarse a través de este caso cuyas partes se situaron en el Valle alto del Río Magdalena en la segunda mitad del siglo XX. Una empresa comunitaria de doce familias campesinas propietaria de un predio ribereño fue ocupando las nuevas áreas que le fue dejando por aluvión el río adyacente. Varios años después, el propietario del predio vecino los demandó alegando que ese terreno era suyo y que el río simplemente había cambiado de cauce. Su acción fue puesta de manera inoportuna porque ya los tiempos procesales no daban para una declaración judicial favorable y, aunque su argumento fuera válido, ya los campesinos tendrían derecho al predio por prescripción adquisitiva antes de que se produjera la sentencia. Con lo cual el terrateniente tomó la decisión de sacarlos del predio por la fuerza para que interrumpieran la posesión. Para lo cual procedió a quemarles los cultivos y a tumbarles las edificaciones.

Acompañamos a los campesinos en ese caso entre 1985 y 1987. Iniciamos un proceso penal por daño en bien ajeno contra el agresor. Al tiempo que los campesinos, a un costo enorme, retomaban trabajos luego de cada incursión de los agentes del terrateniente. La jueza municipal de la localidad (que, según el procedimiento vigente, obraba como instructora del proceso) hizo varios intentos, por interés del denunciado que era presidente del Concejo Municipal y jefe político del Alcalde, de cesar el



procedimiento¹⁸⁸. Sin embargo, el juez del circuito de Neiva (destacado miembro del sindicato de jueces), llevó adelante el caso, reconoció la posesión y condenó a tres años de arresto al agresor y al pago de los perjuicios. El tribunal Superior, en segunda instancia, sin desconocer ninguna de las pruebas que aportamos ni controvertir los argumentos que dimos, absolvió con el argumento nuevo de que el terrateniente había obrado en Estado de Necesidad, porque habría sido la única manera de evitar que los poseedores alcanzaran su derecho de propiedad. Con lo cual, sin empacho, excusaron al poderoso un delito para impedir que la ley favoreciera a la contraparte. El terrateniente usó la violencia para impedir que los campesinos accedieran a su derecho y luego la máxima autoridad judicial regional, ante la que ya no cabían recursos jurídicos, sirvió de instrumento para consolidar el despojo.

Mediante los desarrollos que haremos en las próximas páginas sustentaremos que este no es un caso excepcional sino un ejemplo de la manera como tiende a operar el aparato judicial en la realidad colombiana. Este ejemplo nos permite ver dos elementos que caracterizan la tendencia dominante en la historia de la administración de justicia en Colombia más allá de unas cuantas ciudades que en las últimas décadas han logrado ponerse a distancia de los poderes fácticos: (i) entre los colombianos suele encontrarse una actitud proclive al incumplimiento y a la violación de las normas que puede ir incluso más allá de lo que se ha planteado de manera genérica para América Latina y podrá ser tan exitosa como sea la posición de poder del actor; (ii) la gestión de los conflictos en el país no puede entenderse si se le desliga de las relaciones de poder en la medida en que estos se encuentran en una posición

¹⁸⁸En conversación privada, la jueza manifestó su inconformidad porque sentía que el caso le afectaba su primer cargo en la Rama Judicial, en donde pretendía hacer carrera. Dijo que era un “chicharrón” estar en el dilema de tener que buscar soluciones jurídicas para la actuación del terrateniente que cualquier abogado de la región catalogaría de ilegal pero no podría hacerlo porque ello le representaba enfrentar el hombre más poderoso del municipio y entorpecer sus posibilidades en el futuro.



subalterna o vulnerable a la influencia de los actores de poder existentes en la mayor parte del territorio nacional.

En el primer acápite ahondaremos en el significado colombiano de la cultura de desobediencia a la norma que hemos analizado en el contexto subcontinental. A continuación, describiremos el contexto de relaciones de poder en el que se encuentran situados nuestros operadores judiciales. En la parte final, miraremos la relación que hay entre estos dos elementos. Buscamos entender cómo la cultura del incumplimiento de normas, favorece más que a nadie a quien está dispuesto a violar la ley en su beneficio y menoscabo de derechos ajenos.

A. La cultura jurídica mitómana

(#40) En Colombia se usa corrientemente el término “leguleyada” para dar cuenta de los actos, generalmente de los propios juristas, que conducen a dar un ropaje jurídico a una actuación moral o socialmente inaceptable¹⁸⁹. El término expresa el aspecto más crítico de nuestra relación con el derecho. Muchas veces la preocupación por el encuadramiento de los comportamientos en el marco del Derecho, no tiene otro propósito que el de dar un blindaje a las actuaciones. La advertencia que muchas veces se hace de querer ser legales en realidad se refiere a estar blindados legalmente y no propiamente a respetar y garantizar derechos¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Con significado similar al del término “chicaneada” que se utiliza en centro y en el sur del continente. (Pásara, 2010, p. 390)

¹⁹⁰ En un ejercicio realizado con pandilleros, muchos de ellos metidos en el narcotráfico y el sicariato, de la comuna nororiental de Medellín en 1998, les preguntamos si querían seguir en ese medio o aspiraban a cambiar en el futuro y la mayoría dijo que querían ser policías. Ante nuestra perplejidad nos aclararon que por que “uno de policía puede hacer lo mismo que hacemos pero ‘legalmente. Legalmente’. Nadie lo jode”.



Decimos querer el Derecho cuando lo que en realidad queremos es ser invulnerables ante los operadores judiciales¹⁹¹. Nos creemos legales cuando en realidad somos leguleyos. Como parte del contexto cultural latinoamericano que hemos descrito (#40, #42, #44), tenemos una tendencia generalizada a apartarnos de los cauces legales cuando ello no nos conviene y si lo legal ha de ser considerado es para asegurar que nos sirve para ponernos a salvo.

Predomina la idea de que la única regla es la de que el cumplimiento de la norma está sometida al interés de cada uno (y el de la propia familia¹⁹²) y lo que debe hacerse en cada caso depende de qué tan rentable puede ser cumplir o no la norma¹⁹³. Con lo cual se aclimatan las conductas agresivas y la violación de los derechos ajenos así como el irrespeto consuetudinario por los bienes comunes o públicos. Ese puede ser uno de los factores más estructurantes de las dinámicas de violencia que imperan en el territorio nacional. Resulta ilustrativo observar cómo encarar esa cultura mitómana en Bogotá fue definitivo para reducir a menos de la mitad el número de homicidios en menos de diez años. El gobierno de Antanas Mockus definió como

¹⁹¹ Mauricio García se pregunta recurrentemente en sus obras por qué somos un país que al mismo tiempo, de manera generalizada, adora lo legal y es proclive a violar las reglas del derecho. La clave puede estar en lo que él denomina el “vivo” en su taxonomía de los incumplidores de normas. El vivo es el que viola pero sin que eso traiga consecuencias en contra (García, 2009). Y la mejor manera de lograrlo es blindándose legalmente.

¹⁹² Los sentimientos profundos de amor por la madre suelen estar en la base de los móviles que tienen los sicarios de Medellín para cometer sus asesinatos por la paga. El caso colombiano se caracteriza por la predominancia por una ideología encerrada en los valores familiares y allí podría haber una causa de nuestros problemas con la regulación ciudadana: “Otro estudio con una orientación más sociológica es el elaborado por Sudarsky quien mide y compara entre países elementos que están a la base de las sociedades en que priman los valores cívicos y especifica un capital social basado en la cooperación entre los ciudadanos, a diferencia de las sociedades de poca integración en donde priman las relaciones familiares y la desconfianza con el resto de los individuos” (Kalmanovitz, 2001, p. 20).

¹⁹³ Muy elocuente es el caso de abril de 2015 con el transporte público masivo denominado Transmilenio. En la misma Bogotá hubo que hacer una campaña para generar algún tipo de rechazo a los usuarios del transporte público que dañan su infraestructura o simplemente no pagan el servicio.



“cultura ciudadana” un programa que buscaba el mejoramiento de las condiciones de convivencia y seguridad de la ciudad de Bogotá, precisamente porque entendió y encaró el reto de superar el desfase entre las normas sociales y las normas jurídicas¹⁹⁴ que siendo crónico en todo el país, habían convertido a la ciudad en una de las más violentas del mundo (Melo, 2009, pp. 108 y ss.). Con su gestión se avanzó hacia una transformación, seguramente, más necesaria en nuestro país que en el resto del continente.

Como correlato del enaltecimiento del “chingón” impera la idea de que quien se somete a la norma es el tonto porque lo que sería correcto es violarla cuando a uno le desfavorece. Si hay quien cumple confiando en que los demás la cumplirán, se expone y no estaría mal aprovecharse de eso: “El vivo vive del bobo”. En la misma dirección hay un dicho muy popular en la zona paisa que autoriza el ilícito, según el cual “Consigue plata bien habida, y si no puedes: consigue plata”. Esa lógica se prolonga también en el manejo de lo público. Se “elogia” a un político cuando se dice que “Roba, pero hace”. Con lo cual, si lo que importa es la efectividad no hay que detenerse en si comete delitos para hacer la labor que se espera de él. Por el contrario, quien pretenda someter al imperio de la ley a un gobernante arbitrario, se le puede ver como enemigo de los objetivos generales.

Desde allí puede explicarse el llamado teflón del expresidente Uribe. Hoy está claro que desde el círculo de poder bajo su mando se cometieron delitos de muchas clases y, sin embargo, su popularidad se mantiene alta. Lo importante para sus partidarios es que ejecutó con denuedo la labor a la que se comprometió: combatir a las FARC. Si se descuadernó la institucionalidad, si propició o cometió delitos, si violó

¹⁹⁴ “El ejercicio sistemático de la violencia por fuera de las reglas que definen el monopolio estatal del uso legítimo de ella, o el ejercicio de la corrupción, crecen y se consolidan precisamente porque llegan a ser comportamientos culturalmente aceptados en ciertos contextos. Se toleran así comportamientos claramente ilegales y con frecuencia moralmente censurables” (Mockus, 2002, p. 23).



la ley o violó derechos humanos eso no le importa a la opinión pública. Lo que le importa a la gente es que acabe con la guerrilla. Lo que se le tiene en cuenta es que le cumpla a la gente con la promesa que hizo, aunque se lleve por delante la institucionalidad. Es admirado porque no se detiene en melindres legales y arrasa con todos aquellos que le exigen cumplir con la legalidad: sería el gran “chingón”¹⁹⁵, en los términos de Octavio Paz.

En la base de esta cultura está también la idea de que no hay por qué someterse a la autoridad humana, cuando está por encima la autoridad de Dios, que es con quien hay que estar en paz de verdad¹⁹⁶. Con lo cual cada uno se escuda en una actitud piadosa para cometer los actos más inmorales. Es célebre la fuerte religiosidad de Pablo Escobar y de la mayoría de los dirigentes de la mafia narcotraficante, o las promesas de los sicarios a la virgen para que les ayude con sus “trabajos”. Cualquier delito se exculpa con el perdón de Dios que es el que a muchos, delincuentes o no, dicen que les importa de verdad: “El que peca y reza, empata”.

¹⁹⁵En la misma dirección puede situarse una respuesta similar en cuanto a los paramilitares. En las encuestas, la gente abominaba de los delitos y violaciones de derechos que esos grupos causaron pero tenían concepto favorable de esos actores porque habían cosechado una imagen de estar acabando con la guerrilla. El colombiano francés, Daniel Pecaú dijo, a propósito del proceso electoral en marcha: “Durante los años 2000 al 2006, a la gente no le molestó lo que sabía de las prácticas de los paramilitares. La gente en las ciudades hizo caso omiso de esos crímenes que se estaban cometiendo. Incluso muchos de ellos los aceptaron y aplaudieron esa reconquista del territorio hecha por los paramilitares aliados con sectores de la clase política. *El odio a las Farc prevaleció por encima de esas atrocidades*. (junio 11 de 2015). Revista Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/en-plata-blanca-con-daniel-pecaut/387944-3>

¹⁹⁶Es ilustrativo lo que trae Kalmanovitz para el sector que ha sido históricamente predominante en la clase dominante, y ha tenido mayoría en casi todos los órganos de representación del Estado: “El problema de fondo dentro del latitudismo católico es que las virtudes burguesas se constituyen en vicios morales. Es notoria la falta de previsión en estas sociedades porque el individuo no está enfrentado consigo mismo para obtener la salvación sino que la religión y la autoridad le garantizan el cielo mediante la confesión y la penitencia y, al no tener que preocuparse por ella ni de responsabilizarse de su suerte, no mira hacia delante” (1997).



Otro elemento que contribuye a esa idiosincrasia de desobediencia de la ley deriva del narcotráfico y otros negocios ilegales. Durante las tres últimas décadas del siglo XX hizo carrera lo que se conoce en el país como cultura “traqueta” que fue creciendo en la medida en que la prohibición de las drogas se fue haciendo más drástica y, por lo mismo, más rentable el negocio delincencial¹⁹⁷. El surgimiento de los carteles primero de Medellín y Cali, abrió la posibilidad de que un sector relativamente menor de microempresarios o lugartenientes amasaran unas pequeñas fortunas¹⁹⁸ al lado de los grandes capos. Un hecho de repercusiones económicas de alguna consideración que podría no tener mayor impacto en otras áreas de la vida social. Sin embargo, lo importante es que produjo lesiones muy profundas en la institucionalidad y en la cultura. En cuanto a lo primero, es muy conocido que permeó todas las instituciones del país y que incluso los grupos criminales capturaron el Estado a través de su descomunal capacidad de soborno y de su poderosa potencia extorsiva (Garay, 2008).

Un juez antioqueño ilustró cómo se impuso el inobjetable poder del narcotráfico presentando un mensaje que recibió de un “traqueto” local en el que le

¹⁹⁷A comienzos de los años setenta, la pequeñas mafias vinculadas al tráfico de esmeraldas y algunos jóvenes empresarios (entre ellos Pablo Escobar y los hermanos Ochoa en Medellín y los hermanos Rodríguez Orejuela en Cali) se fueron aliando con mafias distribuidoras en Estados Unidos, en el mercadeo de marihuana primero y en el de la cocaína después. La gran expansión del negocio se produce unos años después, cuando el gobierno del presidente Reagan declara la guerra mundial al narcotráfico, con fuertes medidas restrictivas y recursos financieros y bélicos. Los carteles que venían surgiendo se encontraron con una oportunidad de generar ganancias ingentes porque la “guerra” favorecería su oligopolio en un mercado, de proporciones tan grandes que competían con los primeros renglones de exportación como el café. Para garantizar favorabilidad en el Estado, movilizarían su creciente capacidad de corrupción y de amedrentamiento. Un buen panorama de este proceso puede leerse en La Irrupción del Paraestado. (Palacio, 1987).

¹⁹⁸ No es el número de “traquetos” sino la densidad que tiene la imagen que proyectan. En la práctica fueron muy pocos los que se lucraron del negocio ilegal. Kalmanovitz (1994), dice que aproximadamente 40.000 de ellos llegaron a superar un millón de dólares, beneficiando a una periferia de 10 personas cada uno, apenas uno por ciento de la población haría parte de tal categoría.



decía: “Doctor, tenemos cinco millones para usted. De usted depende que se los demos en plata o en plomo”¹⁹⁹. También ha de considerarse el deterioro cultural que causó. Es muy visible la expansión de su estética de consumismo extremo con la que se definió la apariencia de edificaciones, vehículos, ropa y hasta los cuerpos de sus amantes. Su modo de vida simboliza su lógica de éxito montada sobre el crimen, invulnerable por el poder de sus armas y de su dinero. Los grandes jefes se vuelven modelo para amplias capas de la población. El mensaje que se observa en sus lujos y en su impunidad ostentosa: triunfar depende de la capacidad de imponerse. Para ello puede actuarse inmoralmente y también ilegalmente. No importa sobre quién se triunfa, no importa si se causan daños, si se violan derechos. Lo importante es el éxito.

En la misma dirección se valida socialmente, sobre todo en algunas regiones del país, que quien ostenta un cargo público o una posición de poder la aproveche para su beneficio personal. Así, quien accede a un cargo público suele ser visto como alguien que tiene la oportunidad de obtener recursos ilegales, muchas veces verdaderamente cuantiosos²⁰⁰. En la historia de este año 2015 podemos ver varios ejemplos en la primera línea del Estado: un exministro fue condenado por haber orientado recursos de campesinos pobres para sus allegados políticos que no eran ni campesinos ni pobres; dos más, por haber usado recursos del erario para comprar los dos votos que necesitaban para aprobar la reelección de su jefe como presidente del

¹⁹⁹Mauricio García recoge testimonios de jueces que muestran que la situación de indefensión a la que se les ha sometido en amplias zonas del país no se había superado hace apenas unos años (García, 2008).

²⁰⁰ Actualmente vivimos en el escenario más dramático de este problema: en el mes de febrero de 2015 se aceptó la renuncia al cargo de presidente de la CC a uno de sus magistrados (que negociaba con tutelas), luego se le inició una investigación porque adquirió un predio en medio de una zona de la que se estaba produciendo desplazamiento poblacional forzado y el campesino denunció que lo obligaron a vender y luego se inició otra por vínculos con el grupo paramilitar que operaba en la zona. No obstante, a la fecha, se ha negado a renunciar al cargo de magistrado.



Estado; el presidente de la Corte Constitucional²⁰¹ se niega a renunciar a su cargo en medio de un proceso por venta de beneficios en una acción de tutela de una empresa petrolera (y luego por adquirir la tierra de campesinos cuando los desplazaron); en abril fue capturado el jefe de capturas de la Fiscalía porque negociaba con su trabajo²⁰² y quince altos mandos militares fueron procesados por irregularidades en las compras a su cargo. No parece haber un reproche generalizado a este tipo de conductas. La actuación judicial contra ellos, según muestran las encuestas de favorabilidad política, parece ser vista como parte de la pugna partidaria y no como la defensa del interés público²⁰³.

Si lo que es esperable es que cada uno vaya detrás de su interés donde quiera que esté, es coherente que no se confíe mayormente en las instituciones porque se tenderá a pensar que quien esté al frente de cada una de ellas no va a obrar con otros valores. Por ejemplo, actualmente, la única institución que hoy tiene una aprobación mínima (60%)²⁰⁴ es la Iglesia Católica. En ese panorama lo que se tiene es un gran desorden. Los colombianos no creemos en que las instituciones van a hacer lo correcto en lo que les corresponde. Y que, si quisieran, no van a contar con el poder suficiente para imponerse. Cada funcionario, cada poder va al Estado en pro de su propio interés. La

²⁰¹Es justo decir que este caso es el que más conmoción ha generado porque la CC ha contado con el mejor prestigio de pulcritud y este caso se ve como una muestra de hasta dónde llega la corrupción en el país.

²⁰² Se le acusa de retrasar su actuación, dando la oportunidad de que el procesado huyese, o acelerar las capturas en beneficio de los adversarios del capturado.

²⁰³No sólo porque lo alegan los partidarios, encuentran respaldo por parte de estados extranjeros como el de Panamá y Estados Unidos, sino porque los medios se ven compelidos a catalogarlo así. Un ejemplo puede verse aquí donde una revista considerada adversaria de los enjuiciados y condenados, les concede que puede haber abuso de autoridad. Ver: <http://www.semana.com/nacion/articulo/justicia-persecucion-contra-exfuncionarios-del-gobierno-uribe/424542-3>

²⁰⁴ Es lo que muestra el análisis de la gran encuesta anual. *Por qué las Instituciones están en Crisis*. (noviembre 15 de 2014). Revista Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones--en-crisis/409100-3>.



gente se siente insegura porque no se siente amparada. La inseguridad que se experimenta no sólo es consecuencia del hecho de que cada uno tema ser el bobo del vivo vecino sino también de que la autoridad no haga valer las reglas o las use en contra de quien actuó correctamente.

(#41) De acuerdo con las encuestas, la A de J sólo alcanza el 19% de imagen favorable en Colombia²⁰⁵. Varios de los factores ya analizados pueden incidir en esta desfavorabilidad: las decisiones inoportunas o insatisfactorias para las partes (#15, #63), la aplicación de normas con las que los usuarios no se identifican (#9), la percepción de que la justicia favorece al poderoso (#40, #43, #44) y que no expresa la cultura jurídica de las personas que son parte en los conflictos. La idea que queremos sustentar es que en nuestra cultura colombiana se desconfía de los demás porque socialmente está validado violar las normas. Y quienes pueden hacerlo en grande es porque, llegado el caso, no serán obstaculizados en ese propósito por un operador de justicia. Por tanto, por ser el judicial el que tiene el poder de aplicar o no las normas, es alguien en quien por regla general no se confía.

Precisamente allí puede fincarse en muy buena medida el alto desprestigio que tiene la administración de justicia actualmente en Colombia²⁰⁶. El pedido de amparo que se hace al Estado frente a las agresiones o a las imposiciones por parte de los “chingones” (#40) se estrella contra la baranda de un juzgado. En esa dirección apunta Santos cuando sostiene que en países como el nuestro:

“Un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de tradición oligárquica, supo crear a lo largo de los años

²⁰⁵ Véase: *La Gran Encuesta*. (15 noviembre de 2014). Revista Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones--en-crisis/409100-3>

²⁰⁶ Un dato ilustrativo de que no se les aplica el mismo rasero que a otras autoridades es que, cuando se hizo la encuesta no se había comprometido a autoridades judiciales con denuncias tan graves como los citados, párrafos atrás. Sin embargo, estaba al mismo nivel que el Congreso cuando éste llegó a tener procesados por paramilitarismo al 15% de sus integrantes.



inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en ejercicio de las funciones políticas. Esta práctica se convirtió en la piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que sólo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos)” (Santos, 2009a, p. 106).

Las encuestas muestran que la percepción de inseguridad ciudadana no está asociada tanto con la producción de hechos lesivos como con la falta de respuesta de la autoridad²⁰⁷. Una evaluación negativa ha de esperarse si de acuerdo con las encuestas un 96% no encuentra sentido en denunciar un delito²⁰⁸. Pero también porque se siente que la autoridad va a favorecer a los más poderosos y, en últimas, aplicará leyes que la mayoría no comprende y factiblemente tampoco considera justas.

B. El no poder judicial

(#42) Históricamente, los jueces en Colombia han tendido a verse como apéndice de los órganos más poderosos del régimen político, pero careciendo ellos

²⁰⁷ En el caso de Cali encontramos que para el 2014 su número de homicidios y hurtos a personas fue de 1.555 y 9.123 respectivamente, mientras para Bogotá en el mismo año las cifras fueron de 1.358 homicidios y 27.753 hurtos a personas. (Cali Cómovamos, 2014 & Centro de Estudios y Análisis de Convivencia y Seguridad Ciudadana - CEACSC- & Alcaldía Mayor de Bogotá, 2014). Ver: Bogotá cómo vamos. (09 de septiembre de 2015). *Encuesta de percepción ciudadana*. En: <http://www.bogotacomovamos.org/documentos/encuesta-de-percepcion-ciudadana-2015/> & Cali cómo vamos. (2015). *Encuesta de percepción ciudadana*. En: http://media.wix.com/ugd/ba6905_a97f77613f834194b24280f23dbca1d0.pdf.

²⁰⁸ Combinamos aquí dos estadísticas ya suministradas en páginas anteriores: Un 90 % de las personas victimizadas en 2013 no dio aviso del delito a la autoridad y de los que lo hicieron, el 62% considera que la autoridad no adelantó gestión diferente a recibir la denuncia.



mismos de poder. Lo cual puede haber afectado negativamente la independencia que se espera que tengan en la organización del poder que corresponde a un sistema político jurídico moderno. De allí posiblemente deriva la percepción negativa que, en diferentes aspectos hay sobre ellos²⁰⁹. Hace treinta años, Luis Pásara los caracterizaba para toda América Latina como funcionarios pertenecientes sólo excepcionalmente a las clases altas. En general son personas que empiezan su ascenso en la clase media, que podrán con algún éxito si se valen de sus vínculos con actores poderosos hacer una carrera judicial, siempre y cuando logren evitar tensiones en su labor, evadiendo los casos polarizantes. Y es precisamente sobre el proyecto de vida que hacen los jueces de su carrera judicial lo que los hace más vulnerables a los poderes sociales. Pásara da cuenta de varios mecanismos para el sometimiento a los sujetos de poder: nombramiento, evaluación, ascensos (Pásara, 1988, pp. 177 y ss.). En nuestro país agregaríamos el viacrucis que transitan los operadores para superar la provisionalidad, junto con los peajes y pruebas de lealtad, a las que se les somete para alcanzar la estabilidad en los puestos de trabajo.

Terminada la guerra de independencia, el poder hacendario, descrito en la primera sección de este capítulo (# 34, #35), alcanzó su máximo florecimiento y el poder local llegó a ser el más importante (Guillén-Martínez, 2008, p. 337 – 340 & Leal, 1984). De hecho, los partidos políticos se definen como dos grandes federaciones de hacendados, que pugnan por hacerse al control de la burocracia estatal y quien se alzaba con la victoria en las guerras civiles del siglo XIX se adueñaba del aparato

²⁰⁹ En obra posterior, Luis Pásara ilustra esta percepción negativa a partir de la literatura peruana: “Novelas y cuentos peruanos presentan a la justicia como un ritual incomprensible que, más allá de cualquier racionalidad o previsibilidad, opera en manos de personajes siniestros, encabezados por jueces abusivos y abogados sin escrúpulos. La distancia entre verdad real y verdad legal se hace abismal en las tragedias vividas por gentes sencillas que protagonizan las historias contadas por los narradores (...) El terrateniente, el magnate, el gobernante, son siempre vencedores en esa lucha desigual que los protagonistas pobres se ven obligados a dar en el terreno de la justicia. Éstos se sienten acorralados, atemorizados y, finalmente, vencidos por una legalidad que es rígida e implacable con los de abajo, pero flexible y complaciente con los de arriba” (Pásara, 2010, p. 372).



estatal y de toda su burocracia, incluida la judicial²¹⁰. Con lo cual, fue a un hacendado, ora jefe militar, ora alcalde o presidente del concejo, como máximo poder local al que le corresponde tomar todas las decisiones sobre la burocracia. Incluida la judicial, en los municipios que van contando con ella²¹¹. Por esa vía, hay continuidad en una tradición que subordina las actuaciones judiciales al poder político partidario, por entonces en manos de los terratenientes. Esa línea se profundiza durante el medio siglo de Hegemonía conservadora establecida desde mediados de la década de 1880, cuando el poder centralista, vinculado política e ideológicamente a un clero²¹², férreamente cerrado, controló la formación de los juristas (Goyes, 2010) y la función jurisdiccional. (Nemogá, 2001, p. 215).

La época que se llama República Liberal se ubica en las décadas del 30 y 40 del siglo XX, época en la cual se tratan de hacer algunas reformas en el Estado, en el régimen de propiedad y las relaciones de trabajo que potenciaran el desarrollo capitalista. Aunque se hizo un intento de secularización de los operadores judiciales, con ellos no se llegó a contar como aliados del reformismo²¹³. La elección de

²¹⁰“...existían mecanismos descentralizados de dominación muy eficaces, fundados en el control clientelista y patrimonial de la población. El papel del bipartidismo en ese encuadramiento de las clases subalternas fue central, a pesar de que impidió la formación de un Estado moderno capaz de mediar los conflictos sociales” (Uprimny, 2001, p. 268).

²¹¹ García (2011, p. 64) recoge una observación en esa dirección de José María Samper, citado por García “en Suramérica las repúblicas sólo existían, y a medias, en las ciudades. En los pueblos lo que hay es un poder local compuesto por el párroco, el gamonal y el tinterillo. Entre los tres ejercen todos los poderes: el cura el poder legislativo, el gamonal el poder ejecutivo el tinterillo el poder judicial. Lo que hay en los pueblos es un género de la república gamonalicia, apoyada por la aristocracia tinterilla”.

²¹² “Para los altos prelados y para la intelectualidad conservadora, la familia católica y el campesinado constituían la base social de un orden social jerárquico inmutable”. (Nemogá, 2001, p. 226)

²¹³Si bien con la Ley 200 de 1936, el presidente López intentó extinguir el dominio de las tierras inexploradas a favor de sus poseedores, en veinte años sólo se realizó una extinción en todo el país. Los juzgados, encargados de decidir las extinciones no participaron en la política distributiva recogida en la ley (Quintero, 1987).



magistrados y jueces por asambleas y concejos garantizaba la fidelidad al poder político hacendario que siguió predominando en lo local y los jueces siguieron dependiendo de ese nivel del poder (Nemogá, 2001, p. 237). Allí el ejecutivo local tenía un alto peso en las decisiones relacionadas con el judicial. Obviamente, la incipiente clase empresarial, por su interés en un mercado en todo el territorio, buscaba que hubiera materialmente un sistema nacional con mecanismos para controlar y subordinar a los locales²¹⁴. Para ello tuvieron que buscar otros aliados. No tuvieron mayor éxito con el movimiento campesino pero sí lograron algo en la organización sindical (CTC) en la que se apalancaron para poner algunas manchas de derecho laboral en un mapa casi en su totalidad regulado por la hacienda y otras estructuras tradicionales; sin que, aún hoy setenta años después, se haya establecido la relación laboral formal como la predominante en los procesos productivos. Los jueces laborales empezaron a llegar tardíamente a esta cita desde 1946, cuando el periodo liberal terminaba y empezaba la época oscura de la violencia del medio siglo. El partido conservador creó su propia organización sindical con la cual puso contén a los factores más radicales del sindicalismo liberal.

Aunque la reforma constitucional de 1945 reivindicó el carácter nacional del servicio judicial, sólo hacia 1960 logran ponerse en marcha las primeras políticas judiciales de carácter nacional (Nemogá, 2001, p. 228) a ritmo con el establecimiento del sistema de cooptación que daría por más de treinta años la posibilidad de que el nombramiento de los jueces se hiciera sin intervención directa de los poderes locales y regionales y que generó unos niveles de independencia de la judicatura en el nivel nacional. Durante la segunda mitad del siglo XX hubo una etapa de un poco más de treinta años en la que la cúpula de la rama judicial ganó independencia gracias a que,

²¹⁴ “La necesidad de nacionalización de la justicia manifestada por diversos miembros del sector involucrado en actividades de producción e intercambio comercial, expresaba el anhelo de que se unificara el derecho en el ámbito interno y que su aplicación no estuviera supeditada a la discrecionalidad arbitraria, frecuentemente partidaria, de los jueces” (Nemogá, 2001, p. 245)



como consecuencia del reparto del Estado que se hicieron los partidos liberal y conservador, se establecieron dispositivos de nominación que le dieron a la rama judicial la posibilidad de tomar cierta distancia frente al legislativo y al gobierno de turno.

En la parte restante de la historia de nuestro país ha habido mecanismos más o menos efectivos para controlarlos mediante la sujeción de los operadores a los gobiernos y a las corporaciones públicas de elección popular. Con base en el nuevo estatuto en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, puede predicarse cierta nacionalización del poder judicial precisamente porque allí se logró entronizar una clase burguesa modernizante, mientras que en el resto del país las relaciones de poder siguieron sometidas al poder terrateniente conservador de relaciones de tipo hacendario, poco a poco transformado, pero con un alto poder político que controla mediante estructuras políticas clientelistas. Cuanta menos cerca se está de esas urbes es más factible que los poderes reales, incluso en la gestión de los conflictos, estén más alejados del Estado y de la gestión judicial enmarcada por la ley.

Lo que ocurre con resto de país es otra cosa, dado que los poderes locales siguen siendo muy poderosos. En la mayor parte del territorio nacional el órgano judicial vino a constituirse como una especie de poder periférico, gravitando alrededor de los poderes hacendarios en proceso de transformación²¹⁵. A pesar de la emergencia de la carrera judicial, los jueces eran un poder muy menor, bajamente remunerado²¹⁶ y con niveles de posicionamiento social muy dependientes de los

²¹⁵ Aún en los sesenta, la expoliación de tierras rurales se produce por bandoleros aliados de los terratenientes, contando con la obsecuencia judicial. “En cuanto al aparato judicial, resultaba nula la acción de los juzgados, a menos que estuvieran articulados con los poderes locales. Las decisiones de los jueces se plegaban a los intereses de los gamonales consolidando la impunidad como característica distintiva de la administración de justicia” (Nemogá, 2001, p. 251).

²¹⁶ En escalas similares al magisterio, en pesos constantes podrían ser menos de la mitad de los actuales ingresos.



poderes reales, principalmente en el nivel local. Sólo a comienzos de la década de los noventas se mejoran sus ingresos a niveles similares a los actuales y obtienen (en gran medida por la nueva arquitectura constitucional²¹⁷) una nueva posición en el régimen político.

En gran medida, las limitaciones del aparato judicial para regular los conflictos en una sociedad como la colombiana, son una proyección de la realidad más amplia de la que venimos dando cuenta: un Estado que se impuso y se sigue imponiendo desde un sector que contempla la modernización simplemente como el reciclaje cíclico de los privilegios que viene heredando desde la colonia y sin cortar el cordón umbilical con un mundo europeo al que se sigue aferrando. En esas condiciones hemos de ver las limitaciones que tiene el contrato social de nuestro país. En todo el continente se tuvo como punto de partida el presupuesto de la exclusión generalizada de amplios sectores, con un fuerte substrato racista, como base del pacto contractual. Pero eso no es todo, se hace necesario precisar que en el caso nuestro, como país andino, ese substrato racista y clasista también sustenta las dinámicas discriminatorias generalizadas que establecen unos estratos superpuestos.

Así, en nuestra sociedad se consagraron diferencias que van desde la privilegiada cúpula eurodescendiente (blanca y presuntuosa de carecer de genes indígenas o de esclavos), poderosa económica y políticamente, llena de privilegios, hasta los sectores afrodescendientes, carentes de todo derecho, apenas una escala debajo de la población indígena que tiene beneficios menores en medio de su marginalidad y la persecución de la que no dejaron de ser objeto durante toda la época republicana. Entre la cúpula y la base de la sociedad se construyó una amplia gama social en la que la efectividad de los derechos tendería a ser proporcionalmente inversa a la melanina en la piel. Durante los dos últimos siglos poco ha dejado de

²¹⁷Como las acciones establecidas en la Constitución Política de 1991, el principio de justicia material, entre otras instituciones otorgan formalmente nuevos poderes al operador judicial.



existir esta sociedad estratificada. Aun cuando las luchas sociales, la educación y el desarrollo capitalista han generado alguna movilidad social, los movimientos generalmente han sido limitados de un peldaño al siguiente en una escalera social enorme que esencialmente se mantiene.

(#43) El SJ, contrario al papel al que jugó el europeo en la democratización de las relaciones sociales, en Colombia ha sido factor de reproducción de las desigualdades y la discriminación. Hemos visto que, aún en época de reformas distributivas su papel ha sido el de resistir en lugar de contribuir a la producción de igualdad social o económica. Tanto en ese como en todos los conflictos que tocan los intereses de los poderosos, vistos de conjunto los jueces han tendido a favorecerlos. Los jueces suelen estar sujetos en la mayor parte del país a los poderes políticos y económicos reales en el territorio. Las tradiciones legales, en jurisprudencia y universidades, les pondrán a la mano los argumentos jurídicos que le permitirán favorecer a esos poderes. Boaventura Santos muestra que algo similar está ocurriendo en diferentes países latinoamericanos, aún en las últimas décadas, con consecuencias muy negativas en los procesos de inclusión que tratan de hacer desde gobiernos de corte progresista o de izquierda:

“La distancia entre la constitución y el derecho ordinario en estos países es enorme y los jueces son en general tímidos al intentar acortarla. Los factores de esta tibieza son muchos y varían de país a país. Entre ellos, podemos contar sin ningún orden de precedencia: el conservadurismo de los jueces, incubado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrógradas de la relación entre derecho y sociedad; el desempeño rutinario fijo en la justicia retributiva, políticamente hostil a la justicia distributiva y técnicamente poco preparado para ella; una cultura jurídica cínica que no se toma en serio la garantía de los derechos, templada en largos periodos de convivencia o complicidad con sólidas violaciones de los derechos consagrados constitucionalmente, con la tendencia a ver en ellos simples declaraciones programáticas, más o menos utópica; una organización judicial deficiente con carencias enormes tanto en recursos humanos como también en recursos técnicos y materiales; un poder judicial tutelado por un poder ejecutivo hostil a la garantía de los derechos o sin medios para llevarla a cabo; fuerte ausencia de opinión pública y de movimientos sociales organizados para la



defensa de los derechos y un derecho procesal hostil y anticuado" (Santos, 2009a, p. 105)

A partir de la década de los noventa, el escenario cambia para los jueces. A nivel local, si bien el esquema constitucional nuevo favorece que se empoderen en varios municipios, el cambio del contexto político agrava las condiciones de su actuación frente a los poderes fácticos. Una parte de los narcotraficantes se alía con poderes terratenientes y los sectores políticos adscritos para, con el auxilio de un sector de las fuerzas armadas, establecer control territorial, subordinar los gobiernos locales y cualquier tipo entidad pública del orden nacional presentes en el territorio, incluidos los jueces. Hacia el año 2000, más del setenta por ciento de los municipios del país estaban afectados por el conflicto armado. Los operadores de justicia carecían de las mínimas condiciones para el ejercicio de sus funciones y en muchos casos la situación de seguridad impedía incluso su presencia física²¹⁸. Lo cual plantea un interrogante sobre los alcances reales del sistema judicial, que abordaremos en el siguiente acápite.

²¹⁸ "El conflicto armado colombiano produce un tipo de corrupción judicial que se podría denominar 'corrupción por miedo'. Esto se refiere a que las ineficiencias, omisiones o acciones son derivadas de amenazas por parte de actores armados. Los jueces, principalmente los que actúan en zonas controladas por actores armados, subordinan el derecho a su propia seguridad. En lugar de enfrentar el problema de las amenazas -a través de denuncias o incluso de su propia renuncia- los jueces sacrifican la institucionalidad en defensa propia". (García, Revelo, & Uprimny, 2010, p., 461).



C. Lo judicial y el amparo jurídico condicionado

(#44) “Usted no sabe quién soy yo²¹⁹”. Esta frase significa: “si usted supiera que soy superior a usted, cambiaría su actuación oficial”. Es recurrente y verdaderamente cotidiana en Colombia. Pero no es la única, es sólo uno de los mensajes que se utilizan para que una autoridad tenga presente, en las decisiones que toma, la posición social y el poder de las partes²²⁰. Precisamente porque la ciudadanía es desigual y se trata de que quien tiene una responsabilidad pública tenga presentes las desigualdades y obre a favor de quien tiene una mejor posición, o se atenga a las consecuencias negativas que pueden sobrevenirle. En una gran ciudad como Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Bucaramanga la mediatización del derecho es mucho mayor. El debate procesal se situará con mayor precisión dentro del campo jurídico y los argumentos propiamente jurídicos exigirán un mayor afinamiento. Del mismo modo, las relaciones de poder entre partes y abogados en el proceso harán un recorrido parabólico similar al planteado en el capítulo primero (#7, #12). Pero, por el contrario, en cuanto el poder gravitatorio nacional del Estado es opacado por el de los poderes locales, el

²¹⁹En los últimos meses ha habido tres casos sonados porque sus víctimas tuvieron un video para subir a las redes sociales: un Senador exigiéndole a un patrullero que no le aplicara las normas de tránsito; el supuesto sobrino de un expresidente que pretende neutralizar a la policía en una riña que protagonizó; un futbolista famoso que impone el volumen de su música en el vecindario.

²²⁰María teresa Uribe plantea que el desorden viene a ser la regla general en el desempeño institucional: “El orden institucional existe y funciona, pero mediante la negociación y la transacción de sus mandatos no logra imponer el orden y someter los desórdenes; por tanto la estrategia es negociar el desorden, la desobediencia, logrando de esta manera acotarlo, controlarlo para preservar la continuidad del régimen y la estabilidad del sistema en conjunto” (Uribe, 2001, p. 243)



operador de justicia se sentirá más presionado a beneficiar al mejor posicionado allí, aun cuando el discurso jurídico no sea tan fino²²¹.

Con ese marco, ha de analizarse el alcance de la oferta de justicia que tenemos en Colombia. Sería necesario realizar estudios para ver en qué medida los jueces logran remontar esas presiones para comprender bajo cuáles condiciones puede predicarse que las relaciones sociales del territorio están cobijadas por el orden estatal. Debe decirse que durante el último lustro se logró establecer al menos un juez²²² en cada uno de los municipios del país y unidades de fiscalía en la mayoría de ellos. Lo que corresponde examinar en cada caso es hasta dónde estos avances del aparato político jurídico nacional constituyen la expansión y la consolidación del imperio del sistema jurídico nacional. García Villegas, García, Rodríguez, Revelo y Espinosa (2013, p. 255) concluyen en su estudio que “en muchos municipios esta presencia es más nominal que real: que haya un juez en un municipio no significa que efectivamente ese juez imparta justicia”.

Para asegurar la mayor precisión, García Villegas, Rodríguez, Revelo y Espinosa (2003), delimitan los indicadores al homicidio²²³ y llegan a la conclusión de que cada juez es más eficaz precisamente donde tiene mejores condiciones del contexto para actuar. Tales autores han trabajado con un indicador de eficacia que cruza los ingresos al sistema con las condenas, encontrando que en los mismos municipios del centro del país que es donde se presenta la mayor cantidad de jueces, también se presenta la

²²¹Cuando los márgenes de una actuación viable en el campo jurídico no permitan una decisión favorable al poderoso se puede acudir fácilmente al argumento de la congestión judicial para excusar que una decisión se retrase y, así priorizar el avance de los intereses resultantes del juego de vectores de poder.

²²²Si bien no habían accedido definitivamente a la carrera judicial, por la provisionalidad en que el 31% (García Villegas, García, Rodríguez, Revelo & Espinoza, 2013, p. 239) ellos se encuentra, los desempodera en el escenario local y frente a las partes.

²²³Para excluir al máximo distorsiones por criminalidad oculta y variables excesivamente complejas en el tipo de decisión, optaron por analizar exclusivamente el homicidio.



mayor eficacia por cada uno de ellos (pp. 245 y ss.). Aunque, la verdad es que la mayor parte de los homicidios se quedan en la impunidad porque no hay operadores que superen el 40% de condenas frente a los asesinatos que les corresponde juzgar, en el centro del territorio nacional tienen una tasa mucho mejor que la general para el país que es de apenas de 5,1 en este delito. Siendo mucho más grave en delitos como el de acoso sexual que es de 0,6% o los que tienen como objeto tutelado la administración pública que tampoco llegan al 1% (0,6).

En los únicos temas en los que hay unos mejores guarismos generalizados de eficacia los encontramos en aquellos sobre los que hay una clara presión sobre los operadores: más de una cuarta parte (25,9%) de los delitos relacionados con estupefacientes y el 32% de los de porte de armas, son objeto de condenas (248) mientras que las condenas por homicidio factiblemente sigue siendo muy inferior al 10% de los casos²²⁴: “las prioridades del sistema penal, implícitas en la participación de los distintos títulos del Código Penal en los procesos que maneja, no corresponde ni a la composición de la criminalidad real ni a las prioridades resultantes de las denuncias de la ciudadanía” (Rubio, 2001, p. 491).

El sentimiento de desamparo, que deben de haber tenido las víctimas de tantos delitos que se denunciaron sin respuesta judicial efectiva y las que no encontraron sentido al acudir a la autoridad, debiera considerarse como un fracaso estruendoso del proyecto judicial en nuestro país. Un sentimiento similar es esperable para quienes no tienen la posibilidad de gozar de algún bien, o de recibir su herencia, o de que le cumplan con un contrato, o se le paguen los derechos en un contrato de trabajo, o de que se produzca un acto administrativo al que, según las leyes, tiene derecho. Son diferentes ámbitos en los cuales la administración de justicia está llamada a cumplir un papel que estructuralmente no llega a satisfacer. El aparato judicial se ha dedicado

²²⁴Rubio (2001, p. 490) muestra cómo a finales de los noventa el registro no llegaba a los 7%. Valores que pueden tender a cambiar en la medida en que el número total nacional de homicidios ha bajado a menos de la mitad.



a atender el mismo tipo de asuntos²²⁵. En el terreno civil es de especial importancia verificar como, la gran mayoría de los asuntos que congestionan el sistema son promovidos por un puñado de grupos financieros que se valen del AJ para hacerse pagar las deudas. Siendo así, el sistema judicial es percibido como ajeno para la mayoría: los llaman “asuntos de abogados”. Son asuntos de temer y de rehuir.

RECAPITULANDO

Como parte del contexto latinoamericano ya descrito, en Colombia la cultura del incumplimiento de la ley en beneficio propio se caracteriza por el menoscabo de lo público a favor de un individualismo que cada uno justifica en un ideario en el que la propia familia está por encima de todo lo demás y una religiosidad en la que las leyes son violables si se cuenta con el perdón de Dios.

La lógica que se generaliza es que lo importante es el resultado exitoso independientemente de los perjuicios que se causen, los derechos que se violen y las normas que se desobedezcan. Desde allí se valida la actuación de criminales como

²²⁵“La composición de la demanda de justicia civil y de familia ha permanecido virtualmente constante durante los últimos cuarenta años. A pesar de las variaciones de macrovariables relevantes tales como la legislación sustantiva y procesal y el entorno político y social, los conflictos judicializados han sido fundamentalmente los mismos (...) Desde 1956 y hasta 1995, los cobros de deudas, los lanzamientos de arrendatarios, los lanzamientos de arrendatarios y las sucesiones han conformado cerca del 80% de la demanda de tutela judicial en ese sector. Igualmente, la importancia numérica relativa de estos tres procesos ha sido estable durante las cuatro décadas: los ejecutivos han participado en un porcentaje entre el 60 y el 65% y los de lanzamiento han constituido aproximadamente entre el 8 y el 15% de la demanda, mientras que las sucesiones han representado entre el 3% y el 9% de la misma”. (Rodríguez, 2001, p. 569)



sicarios y narcotraficantes, la corrupción en los funcionarios públicos y la arbitrariedad de los gobernantes. Sí logran su propósito, no merecen rechazo o sanción social.

En tal sentido, la relación que se tiene con el Derecho no es de acatamiento. Lo jurídico es acudido para asegurar el éxito. La tarea de los juristas es la de dar un ropaje viable ante el derecho de las actuaciones. Y en esa misma dirección, con la lógica del éxito en la tarea, ante lo ilegal se espera que los jueces cooperen en ese propósito o que al menos no interfieran.

Durante algunas décadas se procuró darles independencia mediante un sistema de nombramiento, que en la mayor parte del territorio nacional no llegó a significar mayor empoderamiento de los operadores judiciales frente a los poderes locales. Siempre han estado subordinados al poder político y carecen de respaldo efectivo de la fuerza pública.

La permisividad generalizada para lo ilegal tiende a favorecer a los más poderosos y los jueces (si no hacen parte de sus redes) son muy vulnerables ante ellos, porque han carecido del poder necesario para enfrentarlos en la mayor parte del territorio nacional. Con lo cual, no pueden ser escollo en el camino de éxito de alguno del pudiente bajo su jurisdicción o, en el peor de los casos, terminan sirviendo para poner el blindaje que le requieren, como en el caso con el que empezamos esta sección.



III. Alcances del sistema judicial

(#45) ¿Qué tan segura es la seguridad jurídica en nuestra realidad latinoamericana? Esta es una pregunta que ya abordamos teóricamente en el primer capítulo (#6, #13). Aquí, habiendo hecho el examen de las hondas diferencias que tenemos con la experiencia europea en la administración de justicia, debemos volver a la pregunta para intentar evaluar hasta dónde el entendimiento del sistema judicial, desde la perspectiva eurocéntrica, nos sirve para comprender las dinámicas de regulación e institucionalidad de conflictos que tenemos en la región y en Colombia en particular. ¿Cómo poder explicar entonces lo que ocurre con la conflictividad en los escenarios expuestos en este capítulo? La tesis que sostenemos aquí es que el SJ, integrado a unas estructuras jurídico políticas del Estado de Derecho, que articula la regulación de los conflictos de todos los espacios estructurales alrededor del espacio de ciudadanía, sólo explica una parte de nuestra realidad. Por fuera de ese marco existe una conflictividad frente a la cual no hay institucionalidad para gestionarlo o, de haberla, ella opera bajo ordenamientos y dinámicas jurídico políticas que no se supeditan al orden que el Estado preside y, en casos lo desafían abierta o tácitamente.

Siendo así, para abarcar nuestra realidad se hace necesario disponer de instrumentos conceptuales que nos permitan ver la administración más allá un sistema judicial



ligado al orden del Estado. Con ese propósito, en primer lugar precisamos los límites que tienen esos postulados para, en el segundo y el tercer acápites, introducir los conceptos con los que proponemos hacer más comprensible nuestra institucionalidad en el manejo de los conflictos: el orden sin estado y el caos. Luego en los tres acápites subsiguientes hacemos una aplicación de este marco conceptual a tres realidades específicas de los procesos que vive nuestro país en cuanto a la administración de justicia y la gestión de la conflictividad: el manejo de conflictos en comunidades regidas por sus propios sistemas normativos; la regulación en las zonas determinadas por el conflicto armado y; la generación de caos, a partir de los factores que lo producen.

A. El sistema judicial y el territorio

(#46) Hasta donde hemos avanzado, venimos dejando en claro que el sistema judicial en las sociedades centrales de la modernidad, aun cuando se presenta como monopólico en la A de J, en realidad regula los conflictos concurriendo, cooperativa o competitivamente, pero sobre una normatividad complementaria, con las instituciones propias de los diferentes espacios estructurales, dependiendo de cuán complejos son los conflictos y continuas las relaciones que les subyacen. Esa delimitación en nuestro sentir caracteriza la seguridad jurídica que se ofrece desde el Estado a los ciudadanos a través de este sistema de regulación de los conflictos. Gracias a él se ofrece a cada uno la certidumbre sobre los cauces dentro de los cuales se pueden moldear los objetivos y las conductas y se le da la certeza sobre los límites que tienen los demás para comportarse. Correlativamente, el SJ de administración de justicia cumple un doble papel en cuanto garante del orden jurídico e instrumento para realizar la seguridad de cada uno, en la medida en que su función se postula como de aplicación de las normas previstas en aquel. Pero la seguridad que ofrece el



orden moderno se limita a campos muy precisos, previstos en el terreno jurídico. El Derecho permite y favorece que la ley del más fuerte se imponga donde tiene más posibilidades de hacerlo, por razones también consideradas extrajurídicas, pero con claros impactos en el terreno del Derecho.

Con esas limitaciones, el orden jurídico presidido por el Estado constituye un espacio de seguridad para quienes están dentro de él. Cada persona, amparada como ciudadana de un Estado moderno, y dentro del ámbito de su territorio, en principio, cuenta con un referente más o menos cierto sobre el margen en el cual puede actuar con seguridad y esperar que las conductas de los demás sean las que están enmarcadas en él. El sistema normativo del espacio ciudadano, direccionado por el Estado, se compromete con un conjunto de reglas que delinear cauces más o menos precisos para actuar que en principio, siguiendo a Mayer y a Santos, corresponden con la regulación cultural y social que se presenta en los otros espacios estructurales. Al mismo tiempo, se ofrecen un conjunto de herramientas que permiten poner a actuar al Estado en caso de que se sienta que ese margen fue violado en contra del propio interés y en defensa de sus derechos. En el vértice de tales herramientas está el aparato judicial como activo último con que cuentan los ciudadanos para para tutela efectiva de sus derechos²²⁶ en el cual sus intereses, cuando fuere necesario, sean llevados ante un juez en busca de que, tras un proceso reglado de competencia, él defina si el Estado ha de garantizarlos. A esa zona de seguridad, en este trabajo y orientados por Boaventura Santos, la venimos denominando espacio estructural de ciudadanía²²⁷.

²²⁶El derecho a la tutela judicial efectiva debe ser visto como un derecho bisagra, que garantiza los demás. Se considera el puente entre el derecho y la seguridad jurídica, entre la formulación hipotética de la norma y su efectividad en la realidad social.

²²⁷ Para Santos la ciudadanía se puede definir como “el contenido de pertenencia igualitaria a una determinada comunidad política y se calibra por los derechos y deberes que la constituyen y por la instituciones a las que da oportunidad para ser social y políticamente eficiente. Por eso la ciudadanía no es monolítica; está constituida por diferentes tipos de



Como hemos visto, ser ciudadano significa poder contar con el amparo estatal a los intereses que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se garantizan como derechos (#4, #5, #8, #11). Pero estamos viendo en este capítulo que la ciudadanía no es un patrimonio uniforme en todas las sociedades contemporáneas. Al respecto Santos sostiene que la ciudadanía en las sociedades capitalistas se presenta en diferentes grados y hay áreas en las que la ciudadanía no existe: “Existen los súper-ciudadanos –los que pertenecen a la sociedad civil íntima- y los restantes. Los restantes, que forman la sociedad civil extraña, albergan cambiantes múltiplos de ciudadanía” (Santos, 2007, p. 93).

Desde la perspectiva histórica que desarrollamos en este capítulo, podemos ver que ha habido precariedades en el proceso de expansión durante toda la modernidad y vamos a ver en el siguiente capítulo que muchas de ellas se están agravando en la época actual al ritmo que avanza el proceso de globalización. De modo que la pregonada seguridad jurídica no alcanza homogéneamente a todos los que definen formalmente como sujetos sometidos a un Estado que se cataloga como moderno. Así, aunque tengamos una estructura normativa que se asocia con el Estado y éste tenga asignado el monopolio de la administración de justicia, la ciudadanía no puede predicarse de manera uniforme dentro del territorio político que haya demarcado como propio.

En un territorio “nacional”, por diferentes razones, el aparato de fuerza no da el amparo que ofrece el sistema jurídico. No sólo lo vemos para el caso de Colombia sino que en América Latina podemos apreciar una situación más o menos generalizada. El Leviatán en la región no se representa como esa figura impersonal y todopoderosa que está por encima de los intereses personales, dispuesta a hacer valer la Ley contra los más poderosos que quieran desafiarla. Este Leviatán no es todopoderoso y aunque

derechos e instituciones, es producto de historias sociales diferenciadas, protagonizadas por grupos sociales diferentes” (Santos, 1998 b, p. 296)



en principio tiene más poder que todos, no tiene una sola cabeza²²⁸ y se considera probable que alguna de ellas llegue a aliarse con los que quieran desafiar el orden jurídico en tanto resulta factible y corriente que la clase dirigente no respete la ley, para lo cual puede llegar a contar con el auxilio del propio operador de justicia. Entonces, hasta los propios agentes del Estado pueden participar para impedir o socavar que él imponga su orden.

B. ¿Territorios sin orden del Estado?

(#47) Gabriel García Márquez (1981), recreó un caso en el que dos hermanos se vieron obligados a perseguir a su mejor amigo un día entero hasta matarlo. Ocurrido en el municipio de Sucre del departamento de Sucre, en el libro se muestra cómo la normatividad extraestatal se impuso en un caso de homicidio, en un pueblo colombiano hacia 1950. La historia da cuenta del día en el que dos jóvenes hubieron de matar a su mejor amigo por una deuda de honor. La noche anterior su hermana, recién desposada, había sido devuelta dada la circunstancia de que su esposo no la encontró virgen. Al interrogarla, ella confesó que el mejor amigo de ellos había sido quien tuvo relaciones sexuales con ella²²⁹.

²²⁸ (Seguramente en América Latina el Derecho) “deba ser re conceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes actores desde diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo. Así, aún más que en otras partes del mundo, el “derecho vivo”, el derecho tal como existe en la práctica diaria, está caracterizado por lo que Santos ha llamado “interlegalidad,” esto es, la intersección cotidiana de múltiples órdenes jurídicos”. (García, 2001, p. 42)

²²⁹ El autor hizo una cuidadosa reconstrucción de los hechos a partir del expediente judicial y de testigos.



En América Latina, una escena de estas hoy no sería aceptable y aún, en la misma sociedad colombiana es muy poco probable que hoy se presente una historia similar, apenas medio siglo después. El conflicto por el honor lesionado (derivado de unas relaciones sexuales anteriores consentidas), entre los parientes y su amigo (no entre los contrayentes de matrimonio) y el comportamiento (quitarle la vida a un ser muy querido en esas circunstancias) son mucho menos posibles en la cultura predominante actualmente en el país pero en el contexto de la historia era algo inevitable. La denuncia que hace García Márquez en su obra evidencia que, bajo un principio de negación a las mujeres de la libertad de decidir sobre la propia sexualidad, las normas del ámbito doméstico en esa época establecían: (i) La virginidad era exigible a la desposanda; (ii) el incumplimiento tenía como consecuencia la “devolución” de la mujer a su familia; (iii) la lesión al honor se pagaba con la vida del responsable; (iv) son los parientes hombres de la “ofendida” quienes están en la obligación de limpiar el honor; (v) para lo cual deberán procurar la muerte del “ofensor”.

En consecuencia los muchachos se vieron obligados por su entorno cultural a cobrar la vida de su amigo. El sistema judicial no tenía manera de intervenir en ese conflicto. Luego del homicidio, en ese caso, dada la prestancia de los implicados hubo juicio y sentencia. Los homicidas fueron condenados pero la gente los vio como unos mártires que simplemente cumplieron con su deber. Hay un choque muy claro entre las normas jurídicas y las normas sociales que obligaron a los muchachos a obrar como homicidas. La norma de comportamiento es confusa porque el derecho orienta una forma de actuar y las tradiciones, otra.

Más allá de las diferencias de evolución entre los ritmos y procesos de un país a otro, al interior de los territorios nacionales de los Estados también existen escenarios de administración de justicia que no necesariamente cuentan con la regulación del sistema de derecho del Estado, ni regulan los comportamientos a través del SJ. Esa falta de vigencia del orden jurídico puede darse, bien por falta de reglas reconocibles



Tabla 3. Áreas de regulaciónTabla 4

Tipo	Vínculo político predominante	Gestión de conflictos	Orden jurídico	Espacios estructurales
Orden estatal	Estado - ciudadano	Sistema judicial institucionaliza la gestión de los conflictos definidos como jurídicos	Sistema jurídico estatal complementa y ordena la normatividad de otros espacios	Ciudadano Doméstico Productivo Mercantil Comunitario Global
Caos	No hay o no es determinable	Diversidad de métodos, actores e instancias. La institucionalidad está limitada a cada espacio estructural.	No existe un orden jurídico reconocido	Pueden estar o no los mismos del anterior pero no se articulan con el ciudadano
Orden no estatal	Institución comunitaria - comunero o actor extraestatal - habitante	Instituciones comunitarias o actores que se imponen por la fuerza	Hay sistema normativo no estatal que articula el conjunto de la regulación.	La organización del poder y la regulación se estructura desde fuera del orden del Estado.

En un espacio social o por la existencia de estructuras normativas que se excluyen con la estatal. En el primer caso estaríamos en una situación que llamaremos de Caos y en el segundo en una situación que catalogamos como de orden no estatal. Entonces, para entender los alcances de la oferta regulatoria del sistema judicial vamos a considerar tres áreas teóricamente diferenciables, en las que será determinante cada una de las situaciones mencionadas: orden estatal (donde el SJ opera, dentro del espacio estructural de ciudadanía),), caos (donde no opera ningún sistema que ordene y articule todos los espacios de regulación y el ámbito de ciudadanía no es reconocible) y de un orden no estatal (donde, a pesar de estar cobijado por la potestad política de un Estado, son instituciones y normas extraestatales las que estructuran los sistemas



de regulación de conflictos, articulando y ordenando sin el concurso del derecho y el aparato estatales la regulación en los diferentes espacios estructurales que allí existan). Frente a las áreas donde rige plenamente el derecho estatal encontramos zonas que, o bien cuentan con sistemas de regulación y gestión de la conflictividad extra estatal o bien el Derecho y el AJ del Estado compiten de manera caótica con otras estructuras de regulación de la conflictividad.

i). Orden estatal

(#48) La primera área corresponde con lo que hemos denominado ciudadanía y se define donde, por regla general, se realiza la oferta de seguridad prometida por el sistema moderno de administración de justicia, en la medida en que el Estado y su aparato judicial pueden ser convocados con éxito a la gestión de un conflicto. Con este concepto se comprenden situaciones en las que, si bien pueden ser muy dinámicos los factores de disenso y de lucha social, son operantes los mecanismos de producción de consensos en la interpretación de los hechos o de las normas a aplicar, o al menos se cuenta con canales para el desenvolvimiento de los conflictos. Es más, en lo que se relaciona con el terreno judicial, no se pretende la presencia regulatoria del juez en todos los espacios de conflictos sino en su potencialidad de responder de manera articulada con la institucionalidad de los otros espacios y con legitimidad para decidir como lo hace y usar la fuerza monopólica que ostenta²³⁰. Siempre habrá tensión en los diferentes espacios estructurales y la seguridad que les ofrece el campo jurídico es ese lugar de retaguardia desde el que se mantendrán los niveles tensionales dentro de los límites del orden jurídico. La intervención del Estado en general y, en particular del

²³⁰ Véase también a Dahrendorf: “Ningún sistema de normas podría soportar un pleno conocimiento de cada vulneración” (1994, p. 24).



sistema judicial, es apenas parcial, en tanto, que es imposible resolver, investigar y castigar todo, pero es suficiente para orientar los comportamientos desde la normatividad jurídica y comunicar el respaldo del aparato de fuerza a la permanencia de las zonas de legalidad (#2, #5, # 46, #49).

Para América Latina hemos mostrado como estamos lejos de contar con un sistema jurídico que regule la conflictividad de manera similar al europeo. Hasta podría decirse que pertenecer a este tipo de áreas es de privilegiados, porque con el amparo estatal a sus intereses, en realidad terminan siendo más privilegios que derechos²³¹. Por eso asumimos que esta área existe con ciertas limitaciones. Hablaremos de estas áreas donde impera el orden estatal de manera más o menos estable y con niveles tensionales aceptables frente a los diferentes espacios estructurales. Se caracterizan porque las personas que lo integran tienen relaciones laborales formales y familias nucleares biparentales, como se describen en las leyes de familia²³². En su mayoría se ubican en zonas principalmente urbanas donde las comunidades tradicionales no tienen fuerza unívoca para regular los comportamientos. En sentido estricto, las personas se ven a sí mismos como ciudadanos²³³, entrando a constituirse en sujetos de pleno derecho en las sociedades

²³¹ Lo cual, según Boaventura de Sousa Santos puede predicarse a muchas sociedades a las que se ha impuesto el sistema desde fuera: “Al cabo de quinientos años de expansión europea y de una geografía de zonas de contacto extremadamente diversificada, donde hubo lugar a una miríada de formas de hibridación y de criollización, continua siendo problemático, en muchas culturas y sociedades no europeas identificar el derecho como un campo social distinto, y más aún, como un campo social autónomo y homogéneo. En vez de eso, más allá del derecho estatal –que tiene algunas afinidades con el concepto liberal del derecho de occidente- existe una vasta gama de estructuras normativas ancladas en entidades y agenciamientos no estatales” (Santos, 2007, p. 22)

²³² Sobre los formatos legales de las familias se vienen produciendo importantes transformaciones en la época más reciente. Al final del capítulo volveremos sobre ellas.

²³³ Lo que implica que se haya logrado prescindir de todas las cualidades culturales y sociales que los definen y dotando a esos seres sin cualidades de un revestimiento de derechos ciudadanos o políticos (Capella, 1997, p. 113).



“nacionales”. Por tal razón, la ciudadanía es un vínculo político territorial que da derechos e impone deberes, clásicamente ejercido de manera individual. O, de manera colectiva, excepcionalmente, a través de mecanismos de representación como los sindicatos o los partidos. En tales áreas podría predicarse solventemente el monopolio de la A de J por parte del Estado y la vigencia de un único sistema jurídico y la gama de derechos que se atribuyen a los individuos es descriptivo de los altos niveles de seguridad social con la incorporación de derechos sociales, económicos y culturales.

ii). *Caos*

(#49) La segunda área, que denominamos de *Caos*, puede ilustrarse mediante el caso de homicidio que narra García Márquez (1981). El ordenamiento estatal, del espacio de ciudadanía, por un lado, no se conecta con los otros ordenamientos sociales y no ofrece mecanismos suficientemente eficaces en la producción de consensos y, del otro, el aparato judicial es al mismo tiempo inalcanzable y desbordado. En el caso, el caos se presenta porque no hay correspondencia entre la normatividad del derecho estatal del espacio de ciudadanía con las del ámbito doméstico. Luego de que éste consuma sus normas, aquel reclama su preeminencia, de manera extemporánea e ineficiente revelando que la norma de comportamiento no estaba clara. Esta sería la forma básica del caos: la falta de coincidencia entre la regulación estatal y la de los otros espacios estructurales. Pero no es la única y, de hecho, tampoco las más compleja. También puede ocurrir que el caos se presente por la carencia de capacidad regulatoria del Estado incluso en el espacio ciudadano porque no tiene presencia o su presencia se da en competencia con otros que pretenden el poder territorial. En tal caso, la lucha por el poder territorial no desemboca en que alguno de los actores u



organizaciones logre imponer el orden²³⁴. Finalmente, la modalidad más compleja que se presenta por la desregulación generalizada cuando los diferentes espacios estructurales pierden su capacidad regulatoria, al mismo tiempo que el Estado o cualquier otra organización que pretenda su lugar es incapaz de imponer el orden²³⁵

De manera más genérica, decimos que hay caos en la regulación cuando no es clara la norma que las personas requieren para orientar sus comportamientos²³⁶. Aunque en América Latina resulta altamente conveniente (o al menos políticamente correcto) declarar la obediencia al derecho estatal, muy buena parte de la sociedad tiene un sometimiento precario porque se puede presentar alguna de las siguientes hipótesis: (i) no se considera que el derecho estatal sea benéfico para todos y todas; (ii) las normas del derecho estatal suelen estar direccionadas de manera adversa, divergente o esencialmente ineficaz frente a la manera como se producen los comportamientos en los diferentes espacios estructurales; (iii) no se cree que los operadores de justicia obren con justicia; (iv) no se cuenta con una tarifa para valorar positiva o negativamente la violación de la ley y el desacato a la autoridad; (v) el abuso

²³⁴Veremos que es precisamente lo que ocurre en zonas de competencia territorial entre diferentes los actores armados en varios lugares de Colombia (#57, #58, #59).

²³⁵ Veremos más abajo (#47) que se puede producir por la disolución de los vínculos políticos en áreas de orden no estatal pero sin inclusión en el orden estatal por dinámicas de marginación generadas por exclusión social. La primera hipótesis la asociamos al pre-contractualismo y la segunda al post-contractualismo, en la teoría de Santos. Según él, en este último caso, la exclusión se produce por la combinación de cuatro modalidades de fascismo: (i) Apartheid social (definiendo unas zonas como salvajes); (ii) del Estado paralelo donde actúa como depredador, incluso sin respetar el derecho; (iii) contractual, el poderoso se impone despóticamente mediante contrato; (iv) territorial, los poderosos ejercen su poder a través del Estado (Santos & García, 2001, pp. 27 y ss.).

²³⁶Resulta especialmente ilustrativo del concepto de caos que utilizamos en este escrito, la manera en que Dahrenforf (1994, pp. 13-18), tres décadas después, da cuenta del breve periodo de transición entre la Alemania Nazi y el control Soviético, en que él mismo se vio envuelto en una situación caótica. "Todavía tengo los cinco delgados volúmenes de poesía romántica que adquirí en aquella ocasión. ¿Adquirí? Todos se llevaban a casa bolsas y maletas llenas de cosas robadas. ¿Robadas? Tal vez 'tomadas' es más correcto, porque incluso la palabra 'robar' había perdido todo su significado".



de autoridad puede llegar incluso a ser aplaudido; (vi) los OJ del Estado no tienen presencia o son inaccesibles en amplias regiones de los respectivos territorios nacionales. Todo esto hace que el ordenamiento legal no se conecte con la orientación de los comportamientos sociales porque las normas sociales pueden direccionar de manera adversa al derecho.

No sostenemos que ese sea un fenómeno exclusivo de América Latina, en la época moderna este tipo de áreas se produjo a partir de que, por diferentes condicionantes históricos, llegaron a disolverse las comunidades tradicionales por presión de actores imperiales o nacionales y con la promesa de ciudadanía del orden jurídico moderno. Sin embargo, los “individuos” que quedaron de esa disolución no siempre encontraron posibilidades reales para asumir, desde el punto de vista práctico, la condición de ciudadanos, en tanto la sociedad no cuenta con medios lo suficientemente eficaces de integración y el Estado no ofrece las condiciones necesarias para garantizarles los derechos que se establecen en el orden normativo que preside. Y son demasiado altas las posibilidades de que no pueda intervenir efectivamente en lo pertinente para cada caso de conflicto. Es la ausencia creciente y sistemática de sanciones efectivas que proyecta un Estado incapaz de imponer el orden porque no cuenta con medios suficientes para hacer imperar su estructura jurídica y judicial. Entonces, las normas legales no contribuyen a la regulación social que se hace desde los otros espacios estructurales y la administración de justicia se hace irrelevante de cara a la conflictividad. Las controversias que trascienden tales espacios tienden a ser tramitadas por diferentes actores y mecanismos, con imprecisión y por métodos carentes de institucionalidad, reduciéndose de manera acelerada los factores de seguridad. Es, para decirlo en los términos usados en el primer capítulo (#3), una de las especies del estado de naturaleza hobbesiano, carente de los espacios de seguridad que el orden jurídico moderno ofrece a la ciudadanía.

En consecuencia, este tipo de área corresponde con relaciones donde por regla general no se cumple la promesa de seguridad jurídica del orden jurídico moderno. Es



inalcanzable porque existen *barreras* que impiden geográfica, económica y culturalmente acceder a la justicia y es desbordado porque el AJ no puede dar respuesta satisfactoria a las necesidades que tienen las personas que logran acceder. Entonces, el amparo jurídico de los derechos se reduce a lo puramente simbólico y los niveles de tensionalidad tienden al descontrol. En consecuencia, se generan condiciones de inseguridad jurídica que hacen irreconocibles las normas que rigen en cada caso. En este tipo de situaciones, se estrecha el ámbito en el cual se reconocen los derechos y la competencia se refiere de manera desregulada a la fuerza que posea cada uno de los eventuales contendientes. Por tanto, se dan condiciones para que los conflictos tiendan al escalamiento²³⁷ y se abre el paso para su posible manejo violento e incluso favorable a erupciones de conflicto armado, cuando aparecen actores que, desde diferentes enfoques, empiezan a tratar de imponer su orden. Son áreas, en fin, que no disponen de una estructura normativa eficaz que les permita ordenar su realidad social²³⁸.

²³⁷ Así es como lo ilustra Dana Barón Romero, como coordinadora de una Casa de Igualdad de Oportunidades en Bogotá. "Este es un ejemplo de una de las causas de la baja denuncia o desistimiento de las mujeres que son víctimas de violencias. El fin de semana conocí a una mujer que mató a su esposo, en una situación muy crítica, luego de años de violencia a ella y a sus hijas. Cuando le pregunte por qué no acudió a la policía ante los hechos de violencias, ella me dijo que ellos no iban a hacer nada y la iban a devolver para la casa. Luego de acudir donde la vecina (quién no la quiso ayudar para no meterse en problemas), volvió a su casa y ante un nuevo hecho de violencia, lo mató".

²³⁸Boaventura Santos, denomina estos fenómenos como no-áreas, "Guantánamo es hoy una de las más grotescas manifestaciones de pensamiento legal abismal, la creación del otro lado de la línea como una no-área en términos políticos y legales, como una base impensable para el gobierno de la ley, los derechos humanos, y la democracia. Pero sería un error considerar esto excepcional. Existen otros muchos Guantánamo, desde Iraq hasta Palestina y Darfur. Más que eso, existen millones de Guantánamo en las discriminaciones sexuales y raciales, en la esfera pública y privada, en las zonas salvajes de las megaciudades, en los guetos, en las fábricas de explotación, en las prisiones, en las nuevas formas de esclavitud, en el mercado negro de órganos humanos, en el trabajo infantil y la prostitución." (2009b, p. 37)



iii). Orden sin Estado

(#50) En tercer lugar, tenemos los escenarios en los cuales existe un *orden no estatal*²³⁹. Comprenden conjuntos relacionales, determinables espacialmente, con sistemas jurídicos autónomos que operan sin vínculo orgánico con el Estado en cuyo territorio se encuentran. Allí se cuenta con algún nivel de eficacia para organizar toda la normatividad en sus respectivos espacios estructurales²⁴⁰ y orientar los comportamientos sociales y manejar los conflictos. Si bien en esas áreas en principio no llega a realizarse la oferta de seguridad del derecho moderno, las personas se sienten amparadas por un orden jurídico diferente al del estado, que les orienta y al que acatan. Siendo así, las normas reguladoras pueden ser reconocidas dentro de un sistema de valores que puede llegar a ser sustancialmente diferente del que agencia el estado. En tal caso, la ciudadanía no es el vínculo político organizador de la vida social, sino que se cuenta con otro tipo de pertenencia frente a la cual el vínculo con el estado, si bien puede existir, no es el predominante. Siendo así, las instituciones

²³⁹ Apuntamos aquí a la manera como opera la regulación en áreas particulares, no nos referimos a la manera como María Teresa Uribe analiza el funcionamiento del conjunto institucional colombiano: “las sociabilidades plurales y diversas producen sus formas de poder y de orden no estatales; el Estado impone su definición hipotética de orden político, y los intermediarios, mediante un sistema de reciprocidades, gestionan la coherencia y la estabilidad del conjunto”. (Uribe, 1997, p. 178)

²⁴⁰ Posiblemente muy diferentes de los espacios sociales de la sociedad capitalista.



imperantes en tales territorios son las que entran a regular las relaciones sociales y a gestionar los conflictos que se presentan.

Podemos tener órdenes no estatales en comunidades tradicionales (como las mencionadas naciones indígenas o las afrodescendientes) donde su estructura de autoridades vertebraba sistemas de regulación social que van desde la familia y el parentesco hasta la relación con la naturaleza, en cuerpos normativos que hoy se suelen llamar de derecho propio. Mientras tanto, el derecho del estado y sus instituciones no llegan a tener la misma importancia en la orientación de los comportamientos y el manejo de los conflictos que se presentan. Este tipo de área se presenta en donde permanecen comunidades tradicionales como entidades políticas y culturales diferenciadas. Hipotéticamente, también se podrían considerar aquí casos en los que se han producido nuevas y fuertes comunidades que han logrado niveles de identidad e institucionalidad propia que les permiten organizar su vida social a partir de un sistema de derecho que les es propio gracias a que se encuentran en importantes niveles de aislamiento frente a las estructuras sociales agenciadas por el estado.

Este tipo de área también se presenta en zonas donde actores armados enfrentados al Estado o paraestatales han establecido control territorial. En tales casos, caben dos posibilidades muy diferentes. En primer lugar, cuando el actor armado participa de un proceso hegemónico y articula, sobre esa base, un sistema de ordenación de los comportamientos e instituciones de gestión de la conflictividad. En tales casos, se trata de experiencias de pluralidad jurídica en las que el sistema oficial sólo tiene una presencia nominal ya que no se tiene una relación muy intensa con las áreas del primer tipo, o si se tienen, no llegan a impactar suficientemente sobre sus estructuras. Allí, la Administración de Justicia estatal no tiene ninguna presencia y son los mecanismos del orden realmente imperantes los que entran a definir las controversias. Del mismo modo, son autoridades reconocidas y validadas socialmente en su entorno social y cultural en el que son partícipes y en el que cuentan, además,



con el respaldo de las armas del grupo ilegal. Allí se ubicaría el concepto de *territorios liberados* que se establecieron en medio de conflictos internos de diferentes regiones del mundo pero que en América Latina hacen carrera en la segunda mitad del siglo XX²⁴¹.

Otra forma de orden extraestatal producen los actores armados de cualquier color, cuando logran imponerse por la fuerza y establecen su régimen de fuerza diferente o contrario al del Estado, como con los paramilitares en Colombia o como ocurrió con Sendero Luminoso en Perú o como ocurre en muchos casos en los que la guerrilla no tiene liderazgo intelectual y moral y muchas veces también carecen de un proyecto de hegemonía. En tales casos, el actor armado impone su orden y su autoridad ²⁴² por la fuerza pero sin legitimidad. Sus reglas, si es que las hay, y en todo caso, sus órdenes, son acatadas por el temor²⁴³. En todos los casos, cuando un actor armado ingresa a un territorio podemos estar en frente de una situación de estas. Y hay zonas, particularmente en Colombia, donde la sustitución del grupo de poder se

²⁴¹En Colombia es especialmente reconocido el caso de las guerrillas liberales que durante la década de los cincuenta tuvieron presencia en un amplio sector de la Orinoquia. Allí establecieron las llamadas “Leyes del Llano” mediante las cuales le dieron tranquilidad y reglas claras a los pobladores. La primera de ellas determinó la prohibición de hacerse justicia por mano propia, para lo cual estableció un claro sistema de autoridades. La segunda estableció reglas para el actor armado, especialmente en lo concerniente a la relación con la población. También estableció órganos de administración de justicia. Allí mismo se establecieron reglas para la propiedad, un sistema penal muy claro y simplificado. (Nemogá, 2001, pp. 234-235).

²⁴²En todo caso, lo que se observa es que por regla general, la imposición de estos actores armados sucede a una situación generalizada de caos (muchas veces causado por la lucha territorial en la que este actor compitió sangrientamente con otro) y suele ser apreciado por la comunidad, gracias al resultado de sosiego en el que llega a coincidir. El tiempo se ha encargado de demostrar que las zonas de control de alguno de estos actores armados no tenían su adhesión ideológica en muchos casos. “Predomina más bien la lógica de la protección, que hace que los campesinos se sometan a la voluntad de quien ostenta la fuerza y puede neutralizar otras violencias” (Aguilera, 2003, p. 11)

²⁴³ Sendero Luminoso neutralizaba, aún con la muerte, a los jueces de paz así como cualquier actor que le pareciese funcionario o actor del Estado. Frente a ello ofrece una justicia rápida, gratuita y muy eficiente por su contundencia en los castigos (Manrique, 2002, p. 81)



presenta recurrentemente y la situación podría ser de caos. El criterio que permite precisar cuándo estamos en frente del orden extraestatal está en si la norma de comportamiento es clara. De ser así, estaremos en una situación regulada y por tanto de orden. El caos podrá haberse superado por la vía de la imposición antidemocrática y el terror.

También podemos hablar de un orden no estatal en la administración de justicia en lo que se refiere a áreas en las que persisten comunidades tradicionales o se han desarrollado comunidades nuevas y fuertes (como en ciertos casos de migración interna o internacional) con alto nivel de relación con áreas del tipo uno. Allí encontraremos formas de pluralidad jurídica muy dinámicas debidas a la competencia y la imbricación entre los mecanismos de justicia de que dispone la propia comunidad con los que promueve el poder estatal.

Estas modalidades de pluralidad jurídica pueden ser explicadas en dos tipos de contextos: (i) en procesos inconclusos de expansión del orden jurídico moderno que apenas logran penetrar en ciertos terrenos de regulación en las comunidades (como ocurre en ciertas zonas indígenas donde conviven e interactúan el derecho del estado con el propio de las comunidades). (ii) En el constante nacimiento de diferencias culturales y los incesantes procesos de construcción de nuevos vínculos colectivos y estilos de vida que siguen dándose al interior de las sociedades modernas que se dotan de mecanismos de regulación. Entre ellas podemos contar tanto las experiencias de regulación que se presentan en zonas donde no hay eficacia de las instituciones estatales pero son receptores de confluencia de desplazamientos poblacionales como la regulación de zonas rurales de colonización espontánea; las estructuras regulativas de la población de la calle de las grandes ciudades de América Latina; los procesos de organización surgidos en medio de una lucha colectiva cuyas



actuaciones generan la persecución estatal o excluyen el acceso a las instituciones estatales²⁴⁴.

C. Áreas cambiantes

(#51) Hecha esta primera aproximación a las áreas en las que se produce la regulación podemos constatar su insuficiencia desde el orden estatal para entender cabalmente las realidades de la administración de justicia en las sociedades latinoamericanas. El direccionamiento y el control de la Administración de Justicia del Estado muchas veces están ausentes en formas y modalidad para el manejo de conflictos y en buena medida el Estado no está en posibilidad de regular los comportamientos en regiones enteras. Nuestra hipótesis en esta parte es que, al comenzar el siglo XXI, la mayoría de las relaciones sociales de los países centrales llegarían a estar ubicadas en áreas del tipo uno, mientras que América Latina ocurre lo contrario. Solo una parte de las relaciones sociales existentes en los países periféricos podría catalogarse como sometida al orden estatal. Posiblemente la mayoría de las que se producen entre los sectores integrados económica, social y políticamente en las dinámicas de desarrollo capitalista, con las salvedades hechas en los dos acápites anteriores.

Lo que hay que subrayar es la existencia de áreas mayores o menores – dependiendo de cada país-, que se ubican en los otros dos tipos de áreas. Si bien se registran dinámicas intensas de integración en varias ciudades latinoamericanas en

²⁴⁴ Caso que suele ser recurrente en los procesos de reivindicación de la tierra urbana o rural, a través de la ocupación de predios entre los cuales es muy mencionado y debatido el caso de Pásargada (nombre ficticio dado B. Santos para una experiencia de Río de Janeiro).



los primeros lustros del milenio, la mayoría de las zonas de migración y, en particular, las áreas de periferia de las mayores ciudades de América Latina se sitúan en el segundo tipo. En el tercer tipo de áreas están por supuesto las estructuras de regulación de las comunidades indígenas que siguen pesando mucho poblacionalmente en varios de los países periféricos o semiperiféricos y teniendo una importancia relativa en el mundo (un 5% de la población mundial, al menos).

Allí la ciudadanía no constituye el vínculo que organiza toda la vida social porque no es predominante y en algunos casos puede tener una importancia nimia frente a otras dinámicas de regulación apuntaladas por estructuras culturales o políticas localmente más fuertes que las que logran los actores estatales y la A de J tiende a ser proveída por estos actores, desde una juridicidad estructurada por fuera de la del aparato estatal. Pero igualmente allí se ubican las crecientes dinámicas de autorregulación que vienen desarrollándose en zonas del tipo dos, particularmente en las grandes ciudades, como respuesta a las necesidades colectivas que se empiezan a vivir tras el encuentro generado por la inmigración.

Entonces, resulta evidente que los fenómenos sociales de regulación y manejo de conflictos difícilmente podrán ser comprendidos si no trascendemos la idea del monopolio del estado en la producción del derecho y la administración de justicia delimitada por el orden estatal. Sobre todo frente a realidades diversas en las que el Estado como soberano no llega a imponerse en los procesos de regulación que se dan en sectores más o menos amplios, ubicados dentro del territorio de un estado, a los cuales el orden jurídico no llega a cumplirles la oferta de seguridad que les hace. Las áreas de caos y de orden no estatal nos exigen herramientas conceptuales que puedan ser de utilidad para comprender más cabalmente las dinámicas de justicia de las sociedades en la región.

Es en ese conjunto complejo de áreas de regulación en el que se dan los procesos de justicia comunitaria que son reconocibles a lo largo de la historia moderna y sobre los cuales van a encontrar más sentido las tendencias actuales. En la



Colombia actual, las figuras y las tentativas por implementarlas deben buscarse principalmente en las áreas que están por fuera del orden estatal. En las áreas de orden no estatal la regulación de los conflictos puede ser consecuencia de dinámicas de justicia propia. En las áreas de caos se promueven, y en ciertos casos con éxito, figuras como los jueces de paz o los conciliadores en equidad, como herramientas para la construcción de condiciones de orden e, incluso, para despejar el camino para que el Estado logre hacer presencia e imponerse (# 91).

Estas áreas no son, finalmente, compartimentos estancos. Sobre todo porque, como se ha dicho, durante algunos siglos el tipo de orden estatal ha procurado expandirse por diferentes medios. Frente al tipo de orden no estatal, la expansión se ha dado bien sometiendo e integrando, dentro del orden jurídico estatal, estructuras autónomas de regulación o bien disputándole el espacio de acción. Frente a las áreas de caos el orden moderno bien se ha impuesto a través de la represión, buscando someter a un sector de la población a un sistema de derechos de los cuales sólo podría, por regla general ser simplemente el sujeto pasivo o, bien, sobre todo en la etapa del estado interventor, integrándole como beneficiario de una parte de ellos. Más allá de eso, en varios países de América se vienen generando transformaciones institucionales que proponen en diferentes grados la integración de las estructuras normativas de las comunidades tradicionales que van desde el planteamiento de la ciudadanía multicultural hasta el de construir un Estado plurinacional. En una lógica integradora tanto las áreas de orden no estatal como las de caos encuentran el sentido que se les ha dado a diversas políticas de *acceso a la justicia*, mediante las cuales se ha apuntado a remover los obstáculos económicos, geográficos y culturales que impiden el ejercicio de los derechos y su garantía judicial²⁴⁵.

²⁴⁵Sobre este conjunto de interacciones entre las diferentes áreas y las tendencias de transformación de la administración de justicia en el Estado avanzaremos en el próximo capítulo.



Sin embargo, si bien puede verse un crecimiento notable de las áreas de orden estatal hasta el punto de generalizarse en los países centrales, las otras áreas siguieron existiendo, siendo muy importantes y hasta mayoritarios en los países periféricos. De modo que, aunque las áreas de orden no estatal tendieron a contraerse, en muchas regiones creció el área de caos más que la de orden estatal. Situación que se aprecia de manera protuberante en lo que llamamos crisis en la administración de justicia, que se presenta tanto por la falta de acceso a la mayoría, como en la respuesta insuficiente cualitativa y cuantitativa que da. Con lo cual, el sistema judicial ha venido contrayendo su capacidad regulatoria de la conflictividad, cediéndole el paso al caos en la mayor parte de los casos. La sensación de ausencia del Estado en la conflictividad social crece²⁴⁶.

D. Orden desde el derecho propio en Colombia

(#52) Pueden reconocerse áreas de orden fundado en el derecho propio²⁴⁷ tanto en comunidades tradicionales como en comunidades nuevas. De las primeras tenemos diversas en Colombia, entre las que se destacan los territorios indígenas y los de las comunidades afrocolombianas. En relación con las segundas son notorios los casos de organización de desplazados internos y los de las comunidades de paz.

²⁴⁶Por ejemplo, la ONU ha declarado que la tasa de homicidios en América Latina ha ido creciendo (concentrando más del 36% de los asesinados en el mundo mientras no alcanzamos al 8 % por ciento de la población) al ritmo que se reduce la tasa de condenas (24) por cada cien víctimas, mientras que en Asia es 52 y en Europa el promedio es de 81 (ONU, 2013).

²⁴⁷En todos estos casos, asumimos que se presenta una situación de pluralidad jurídica en tanto existen campos sociales semiautónomos en los que la normatividad propia es permeada por la normatividad que está a su alrededor, principalmente la estatal. Esta categoría fue propuesta por Moore pero es ampliamente acogida en la teoría (Merry, Griffiths & Tamanaha, 2007, p. 111 y 199)



Describiremos los alcances del orden que cada uno de ellos establece en sus respectivos territorios.

En Colombia persisten zonas en las cuales son las tradiciones propias de diferentes grupos étnicos las que en sus respectivos territorios ordenan los comportamientos y regulan la conflictividad. Allí, han sido sus propias estructuras normativas las que sustentan a sus autoridades y articulan instituciones mediante las cuales se organizan sus sistemas productivos, reproductivos, distributivos y de gobierno. En orden de aparición en la escena nacional hemos de considerar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas²⁴⁸ o de las comunidades afrodescendientes, la diversidad regulatoria de las comunidades afrodescendientes, el ordenamiento de raíz bautista del pueblo raizal isleño caribe, entre otras opciones.

El Estado y su juridicidad han interactuado de manera variable con cada uno de estos sistemas a lo largo de la historia sin que sus normas y procedimientos hayan ocupado el lugar de las propias de esos grupos étnicos. Hagamos una breve descripción de tales ordenamientos antes de profundizar en los sistemas de administración de justicia comunitaria que haremos en el capítulo cuarto.

²⁴⁸No dejaremos de mencionar aquí uno de los sistemas de justicia y derecho propios más antiguo con el que contamos en la pluralidad jurídica Colombia: La Kriss Romaní (justicia y leyes de la comunidad gitana de nuestro país). No la caracterizamos como un área de orden no estatal dado que no se caracteriza por su territorialidad. Pero, como quiera que si define un orden personal para todos sus integrantes, más adelante será considerada en como caso muy importante dentro de los ordenamientos y judicialidad comunitarios.



i). Orden amerindio

(#53) La población indígena de Colombia es aproximadamente del tres por ciento²⁴⁹ y se ubica en casi todos los departamentos del país. Sólo dos tercios de ellos disponen de territorios reconocidos legalmente (en 710 resguardos) y están situados en zonas de tierras inexplorables desde el punto de vista comercial, que teóricamente corresponden a la cuarta parte del territorio nacional. La población de estas etnias se encuentra agrupada en unos cien pueblos o naciones que van desde la Wayúu, con más de doscientos mil integrantes, hasta algunos pueblos en la Amazonia que apenas reúnen un centenar. Las formas de organización política que emanaron de ellos mismos son muy diversas. En idioma español se les llama capitanes, caciques y gobernadores a las autoridades máximas de diferentes etnias, pero los términos no dan cuenta de un tipo de dignidad o cargo único. En muchos pueblos de la amazonia y de la región costera norte, la máxima autoridad es el propio jefe de familia, en muchos existen los consejos de ancianos y en la mayoría de las etnias son muy relevantes políticamente las autoridades religiosas y los médicos tradicionales.

En su interacción con el mundo occidental, durante el dominio español y después de él, se ha ido erigiendo la figura del Cabildo Indígena como principal modalidad de organización. Se trata de un órgano colegiado, de carácter representativo en el cual reposa la responsabilidad del gobierno propio, la administración de los bienes comunes y la administración de justicia. Entre los

²⁴⁹Durante las últimas décadas se han hecho varios estudios para determinar el número exacto de indígenas en Colombia, quedan atrás los datos de los años noventa, que van desde menos de doscientos mil hasta novecientos mil indígenas, dependiendo de la manera como se caracterizaba al indígena en los estudios: idioma propio, vestimenta, relaciones económicas. (Arango & Sánchez, 1999, pp. 75 y ss.). En el Censo de 2005, bajo el criterio de la identidad son 1'378.000 que ese año, declararon pertenecer a alguna de las etnias indígenas (DANE, 2005): <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>



cabildantes se asignan las diferentes responsabilidades, siendo la principal la del Gobernador que funge además como representante legal de la comunidad. Si bien este formato es bastante flexible en la actualidad y cuenta con desarrollos específicos en los diferentes pueblos donde se implementa, su expansión ha sido en buena medida en paralelo con el sistema de autoridades que habían generado los propios pueblos indígenas. De modo que, el Cabildo y el Gobernador son el medio de relacionamiento con el sistema jurídico y político nacional mientras que sus dinámicas de gobierno interno y de regulación de los conflictos funcionan sobre todo basadas en las matrices originadas en su cosmogonía y ancestralidad. Se habla entonces de autoridades legales y autoridades tradicionales como dinámicas diferenciables (# 89) que, como veremos en el cuarto capítulo, han desarrollado poderosos vasos comunicantes.

Los pueblos indígenas cuentan con sistemas de administración de justicia muy diferentes entre sí y, obviamente, con el sistema judicial nacional. Perafán (1995, pp. 20-33) llama la atención sobre las grandes diferencias que hay entre un sistema compensatorio como el que tienen los Wayúu a través de los *palabrer*os y el sistema religioso que tienen los Arhuacos o los Koguis a través de los *mamos*. También destaca que, a diferencia de los anteriores y lo predominante en el sistema judicial, hay pueblos que no tienen autoridades permanentes para la A de J sino que se constituyen en combinación de diferentes variables fácticas y personales. Esther Sánchez, tras una experiencia de varias décadas al lado de pueblos indígenas de todo el país, concluye que se trata de sistemas sumamente eficientes en la gestión de la conflictividad y en la orientación de los comportamientos dentro de la comunidad: “Se esfuerzan, generalmente, para llegar a acuerdo mediante el acceso a conocimientos que ofrece tanto el sistema propio ya que cuentan con mecanismos no judiciales que resultan altamente efectivos, como en ciertas situaciones al sistema externo al pueblo mismo” (Sánchez Botero, 2001, p. 164). La autora refiere que los sistemas jurídicos indígenas varían en su fuerza al interior de la comunidad según su proximidad al centro de la misma y cuanto más alejados de él estén los actores y sus comportamientos, más débil será su fuerza reguladora.



En el último medio siglo, las zonas ordenadas por el derecho propio de las comunidades indígenas han estado sometidas a un intenso juego de vectores, unos que tienden a favorecerlo y otros que lo confrontan o al menos lo socavan. De un lado, tienden a fortalecerse los vínculos de pertenencia a las comunidades indígenas por la autoafirmación de lo étnico en las organizaciones indígenas y, del otro, por un reposicionamiento del indigenismo en el concierto político nacional. La reivindicación étnica se empieza a consolidar a partir de la fundación del Consejo Regional Indígena del Cauca en 1971, luego de que por décadas se fue imponiendo una idea acorde con los discursos modernizantes desde la izquierda y la derecha que se generalizaron y que situaban a lo indígena en el lugar más atrasado de la línea hacia el progreso. El CRIC proclama y promueve, como luego lo irá haciendo todo el movimiento indígena del país, el desarrollo y el fortalecimiento de la propia cultura, reivindica y defiende sus saberes y enaltece a sus propias autoridades.

A tono con ello, sus luchas van construyendo ladrillo a ladrillo un reconocimiento en los movimientos sociales y políticos que se consolida con el establecimiento de organizaciones indígenas nacionales (ONIC y AICO) y lo convierte en uno de los movimientos sociales más consistentes en lo que va de este siglo²⁵⁰. Un punto de la mayor importancia fue que, a propósito de los quinientos años de la llegada de Colón a América, se posicionó mejor una visión que defiende que nuestra sociedad requiere fortalecerse más desde su componente indígena. Lo cual ha contado con importantes conquistas institucionales como el componente multicultural de la Constitución Política, que sustenta y reconoce la normatividad y las autoridades propias, promulgada en 1991 pero desarrollada en este campo durante toda esa década por la Corte Constitucional. Este conjunto de dinámicas ha permitido que las

²⁵⁰De hecho, durante los dos gobiernos de Álvaro Uribe, cuando se estigmatizaba y perseguía a todos los movimientos sociales asociándolos con estrategias de la guerrilla, el movimiento indígena tuvo que luchar en dos frentes opuestos: a un lado contra la represión del Estado y, al otro, contra la agresión de la guerrilla que lo ronda desde hace décadas.



comunidades se expandan en el número de los integrantes que se reconocen étnicamente y se someten a las normas y a las autoridades propias²⁵¹.

Correlativamente, a esos vientos a favor, las corrientes marinas debilitan el orden propio de los pueblos indígenas. En primer lugar tenemos la visibilidad exterior de las instituciones propias, que ha hecho que los voceros de los discursos imperantes de la modernidad los pongan como blanco de atención y crítica, especialmente en cuanto al derecho y la administración de justicia, tanto en la academia como en el gobierno judicial y los medios de comunicación. Todos esos actores, a través de los poderosos medios de que disponen, hacen exigencias occidentales a los sistemas de derecho propio. Puede decirse que hay una contratendencia que desconoce que las instituciones indígenas funcionan sobre otros canales. El desconocimiento judicial de los sistemas y las autoridades propias²⁵² es el más protuberante pero no el único. La crítica a ultranza de lo indígena acompañada de la dañina ignorancia de sus valores, sus estructuras normativas y sus instituciones, como veremos en los próximos capítulos (#71, #80), socava su capacidad regulatoria y producen caos (#85). De modo que, han tenido transformaciones que los desnaturalizan (como la adopción de formalidades escritas) y las autoridades han cedido parte del terreno al adoptar, sin coherencia cultural, instituciones propias del sistema occidental como el predominio

²⁵¹Ver: Bonilla, D. (1999). La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento. Estudios Ocasionales Cijus. Bogotá: Ediciones Uniandes.

²⁵²Guerra (2002, pp. 198 y ss.) muestra como en la comunidad wayuu se presentan diferentes formas de intervención de las autoridades estatales como: (i) interferencia de los cuerpos armados del Estado a las actuaciones de sus instancias propias; (ii) procesamiento por extorsión a los “palabreros” que son la instancia que tramita los conflictos haciendo llamados conciliar para evitar la guerra; (iii) procesamiento por porte ilegal de armas a los órganos de fuerza de que disponen.



del lenguaje escrito, o sistema adversarial e incluso, varios pueblos, la cárcel como máximo sistema de prevención de delitos²⁵³.

ii). Regulación en el Caribe anglófono

(#55) Además de los anteriores, otro grupo que construyó sus propias estructuras regulatorias fue el pueblo raizal del archipiélago de San Andrés en el Caribe. Sobre una matriz cultural anglosajona, se produjo durante siglos una mezcla étnica en la que pusieron su impronta exesclavos angloparlantes, indígenas, garífunas y migrantes de diferentes regiones del mundo. Su aislamiento se debe en buena medida a la enorme distancia física de la Colombia continental y la barrera idiomática, dado que hablan una modalidad del inglés. Se trata de un pueblo altamente espiritual muy articulado alrededor de sus autoridades religiosas (Robinson, s.f.). Durante el último medio siglo ha sido altamente afectado por la presencia creciente de extranjeros y continentales (hoy el 70 % de San Andrés no son raizales aunque en las otras islas la proporción raizal es mayor) y por fuertes dinámicas de aculturación, por haberse convertido en la década de los sesenta en un epicentro comercial (puerto libre) y turístico. Las organizaciones, autoridades y líderes, luchan por la defensa de su propia identidad, sus instituciones y su normatividad social, habiendo logrado en los últimos años el reconocimiento de su propio sistema normativo por parte del Estado colombiano (Sentencia T-800 de 2001, Corte Constitucional, p. 17).

²⁵³ Un caso que merece especial análisis es el “remedio” recientemente aplicado por el pueblo Nasa a los militares del Ejército Nacional, que también son integrantes de la comunidad, cuando asesinaron a dos indígenas en su territorio. Las decisiones, tomadas en menos de una semana, a través de sus procedimientos (#53, #89) llegan a una orden de encarcelamiento (una figura que occidental que cada vez se aplica más) de 60 años, que a juicio de juristas y medios les parecen desproporcionadas y sin las garantías que contemplan los operadores de justicia occidentales.



iii). Regulación afrodescendiente

(#54) Por su parte, desde la implantación de la esclavitud se fueron generando comunidades afrodescendientes como puntos de confluencia tanto de libertos (liberados por sus amos, generalmente por pago de la libertad por parte del propio esclavo) como los cimarrones (liberados por haber logrado huir) que fueron saliendo del cautiverio, el trabajo forzado y demás oprobios que implicaba la propia condición de esclavo o la agresiva discriminación que no dejó de afectar a la población afrodescendiente aun cuando ya no se tuviera la condición de esclavo. En Colombia la mayor parte de estas comunidades se estableció de manera *lineal* en la rivera de los ríos de la cuenca del Océano Pacífico y una parte menor en la zona del litoral Caribe²⁵⁴. El aislamiento de estos grupos humanos, posibilitado en buena medida por barreras naturales pero también por el abandono estatal de esta población, posibilitó que, mediante una urdimbre de vertientes culturales africanas y usando recursos culturales occidentales obtenidos durante el cautiverio, se fueran construyendo la normatividad y la institucionalidad propia de estas comunidades. De modo que, al cabo del siglo XX se reconocían en el país aproximadamente cien comunidades a lo largo de la zona pacífica y una decena más en el resto del territorio nacional, para un total superior al diez por ciento de la población colombiana que declara tener una pertenencia étnica a una comunidad afrodescendiente (DANE, 2005).

Las dinámicas organizativas y reivindicativas así como el fortalecimiento identitario cobraron especial impulso en la década de los ochenta y logró conquistas

²⁵⁴En otras regiones, especialmente en las riberas de los ríos Magdalena y Cauca, los más importantes del país, se estableció una parte muy importante de población negra de origen africano que no constituye comunidades afrodescendientes en el sentido que planteamos en este trabajo.



importantes²⁵⁵ en el sistema institucional colombiano al comenzar la década de los noventa (que serán analizadas en el capítulo cuarto # 66 y # 90). Sin embargo, luego de contar por siglos con los mejores índices de convivencia pacífica²⁵⁶ las comunidades negras han sido objeto de una dinámica de violencia que junto con la diáspora de muchas de las comunidades ha producido un gigantesco etnocidio y, posiblemente, un epistemicidio de proporciones catastróficas. En consecuencia, muy buena parte de las personas más conocedoras y reconocidas en el gobierno de las comunidades han sido desplazadas, cuando no lo ha sido la comunidad entera. Es la consecuencia de una sobreposición de dinámicas violentas que empieza con la disputa territorial entre las guerrillas de las Farc y del Eln, la expoliación de las tierras colectivas por paramilitares a favor de grandes empresas capitalistas, la conversión de sus predios en escenario de narcotráfico y minería ilegal o legal. En consecuencia, en la actualidad, un alto porcentaje de los integrantes de estas comunidades se encuentra fuera de sus territorios²⁵⁷ mientras que los que permanecen en ellos luchan por sostener sus estructuras de autoridad frente a la presencia violenta y avasallante de los actores armados sobre cuyos hombros cabalgan formas depredadoras de actores provenientes de otras regiones, principalmente de Antioquia, que se ubican o pasan por el territorio.

²⁵⁵Por ejemplo, representación especial en el Congreso Nacional, reconocimiento territorial, propiedad colectiva de la tierra, validación estatal del gobierno propio.

²⁵⁶El departamento del Chocó, en un ochenta por ciento integrado por comunidades negras, fue hasta mediados de los noventas el departamento más pacífico (y el más pobre) del país, mientras que Antioquia era el más violento (y uno de los más ricos).

²⁵⁷ “El proceso de destrucción cultural contra el Pueblo Afrocolombiano queda evidenciado y registrado de manera contundente al observar las cifras de desplazamiento específicas para los 50 municipios en donde están los territorios ancestrales reconocidos legalmente hasta hoy: a diciembre de 2007, 294.842 personas habían sido expulsadas de los 50 municipios; esta cifra representaría el 93% de los 318.647 habitantes que fueron censados en el proceso de adjudicación de los títulos colectivos” (AFRODES, 2009, p. 5).



iv). Poner orden desde el consenso

(#56) También se presentan dinámicas de derecho propio entre comunidades que, ante la imposibilidad de que el Estado responda a la necesidad de organizar un régimen de relacionamiento interno y de convivencia, construyen instancias de orientación de los comportamientos y gestión de conflictos:: pueden surgir en contextos de marginalidad económica y social o como resultado de una estrategia de protección colectiva en el contexto de la guerra. Corrientemente esos procesos de autorregulación se pudieron encontrar en la extensa dinámica de colonización rural espontánea producida entre las décadas de los sesenta y los ochenta, como consecuencia de la violencia y la pauperización del campo. Los campesinos colonos tienden a organizarse, corrientemente en sus juntas de acción comunal, y desde allí gestionan sus conflictos y producen reglamentos internos con una gran eficacia²⁵⁸. También se presentan en zonas urbanas marginales como el caso de Moravia, un barrio céntrico de Medellín cuya marginalidad era extrema debido a que, además de sus condiciones de pobreza e inseguridad se sumaban al hecho de que se construyó por sus moradores en el área destinada a arrojar las basuras de la ciudad y fue zona de confrontación armada durante lustros. Allí, los moradores, en el contexto de la desmovilización como grupo armado de las milicias que operaban en la zona, alrededor del Centro Comunitario de Resolución de conflictos se establece mecanismos que lograron importante incidencia en las controversias internas (Roldán, 2000).

²⁵⁸ Muchos de esos procesos han sido cooptados por los actores armados, principalmente por la guerrilla, dado que en estas zonas tienden a establecerse. Es muy conocido el caso de la Unión Peneya (Premio Nacional de Paz) porque su resistencia al asedio de las FARC lo ha conducido a éxodos masivos. Serrano (1995) hace un retrato de las formas de regulación comunitaria a comienzos de la década de los noventa.



Pero las dinámicas más profundas de derecho propio surgidas del consenso las encontramos en las *comunidades de paz*. Se trata de grupos humanos, de unos cuantos miles de habitantes del área rural que, en medio de las zonas de mayor enfrentamiento y victimización de la población civil por el conflicto armado²⁵⁹, se han deslindado de todos los actores armados que se disputan su territorio, (lo que incluye al Estado). Muchos de esos esfuerzos han naufragado y bien algún actor violento ha logrado imponerse o bien se ha generado una situación de caos. Entre los casos más sonados por su sostenibilidad como comunidades de paz se encuentran el de la India, en el Magdalena Medio Santandereano, establecido en los años ochenta; el de San José de Apartadó, puesto en marcha en la década de los noventa (se declaró en 1997); Cacarica, en el Urabá Chocoano, que con muchos altibajos tomó impulso en los primeros años del siglo.

“Son iniciativas de paz desde la base, en construcción, que encuentran su origen en regiones de alta violencia y en comunidades que, en medio del fuego cruzado, se organizan como expresión de resistencia civil no violenta al conflicto interno armado, dentro de un territorio delimitado que declaran al margen de las hostilidades, para autoprotgerse reivindicando la autonomía e inmunidad de la población civil frente al conflicto armado, reconstruir el tejido social, desarrollar un proyecto de vida soportado en la solidaridad y el bien común y materializar su derecho a la paz” (Hernández, 2000, p. 4).

Las comunidades de paz se proponen ordenar su propia realidad sin someterse a normas o actores externos. Para lo cual establecen sus propios reglamentos y organizan sus autoridades prescindiendo de cualquier dependencia de los actores externos, aún del Estado²⁶⁰. Sus normas incluyen pautas de relacionamiento interno y

²⁵⁹ Por ejemplo, los pobladores de San José de Apartadó venían denunciando en los años previos cerca de 60 asesinatos, bloqueo en el flujo de alimentos y medicamentos, bombardeos, pérdidas de cosechas, torturas y hostigamientos en los años previos a su declaratoria como comunidades de paz.

²⁶⁰En 2005, tras el asesinato y descuartizamiento por parte de paramilitares y militares del ejército nacional a varios de los líderes de San José de Apartadó, como lo establecieron las



con el exterior, normas de producción y de mercado, generalmente estructuras alrededor de la solidaridad y la reciprocidad. También reglas para el manejo de los bienes colectivos y el funcionamiento de la organización y sus cargos. Para la gestión de los conflictos establecen sus propios procedimientos e instancias, las cuales priorizan la gestión consensual.

E. Orden desde el punto de mira

(#57) Los actores armados que se imponen en los territorios del país son muy diversos: guerrillas, paramilitares y bandas criminales. Las mafias de narcotráfico o de minería ilegal, si bien son actores con interés en los territorios para extraer o procesar o para poder circular en su comercio ilícito, no las veremos aquí por aparte porque las que logran dominio estable en un espacio considerable estarán englobadas en las categorías mencionadas ya o se servirán de ellas.

i). La regulación guerrillera

(#58) Las guerrillas han sido un actor presente en zonas del país en tanto, desde el liberalismo, ya combatían al gobierno conservador a finales de los años cuarenta o aún las FARC y el ELN tienen presencia en las más diversas regiones del territorio nacional desde comienzos de la década de los sesentas, operando en zona

autoridades judiciales, Álvaro Uribe, entonces presidente anunció que lo que vendría sería la ocupación estatal del territorio, acusando a los dirigentes de hacer parte de las Farc. La comunidad resistió. En 2013 el gobierno Santos, corrigió y se disculpó públicamente en nombre del Estado.



rural y priorizando al campesinado como destinatario de su mensaje revolucionario. El M-19 actuó militarmente por tres lustros desde mediados de los años setenta, si bien en uno de ellos su principal escenario militar fue el rural, siempre se dirigió a una amplia gama de sectores sociales. Habiendo experimentado diferentes estrategias²⁶¹ y vivenciado variados momentos en su propia trayectoria como organizaciones, sus relaciones con los territorios cambiaron de una época y de una zona a otra.

Más allá de la normatividad interna del aparato armado²⁶², para analizar la manera como las guerrillas han impuesto su orden en cada zona y en cada época es preciso distinguir tres modelos diferenciados en cuanto al sentido que el propio actor armado le da a su relación con el territorio y la población y la manera como hace presencia en la zona respectiva, el tipo de conflictos que acomete, el tipo de actores que los gestiona y los procedimientos mediante los cuales se interviene. Será diferente el lugar de la guerrilla en el territorio si está en provisionalidad, si está en disputa, si tiene dominio o es hegemónica.

La presencia de la guerrilla en el territorio es *provisional*²⁶³ cuando sólo le interesa utilizar una zona como corredor de desplazamiento entre diferentes áreas en las que se tienen intereses estratégicos desde el punto de vista político o económico

²⁶¹ No nos referimos a organizaciones que no han tenido tanta figuración en la historia colombiana y sus territorios. No nos ocuparemos de grupos armados de presencia regional como el Ejército Popular de Liberación (que consolida una presencia territorial en Urabá y Norte de Santander, cuyas huellas aún existen) o el Partido Revolucionario de los Trabajadores (con presencia en una amplia zona de la Costa Atlántica), el Quintín Lame (vinculado al movimiento indígena de Tolima y Cauca y que operó en la década de los ochentas) o de presencia muy breve en la historia nacional como Autodefensa Obrera (Bogotá setentas) y Pedro León Arboleda (Bogotá, setentas).

²⁶² Molano da cuenta de tres códigos a los que se someten los guerrilleros de las FARC: reglamentos internos, derechos y deberes del guerrillero ante la población civil (Molano, 2001, p. 333).

²⁶³ Aguilera (2001, pp. 393 y ss.) se refiere a los mismos fenómenos desde otro enfoque con el nombre de justicia ejemplarizante que proyecta en la población civil un régimen dirigido en principio a sus propios combatientes.



estable o en una primera etapa de aproximación a unas zonas en las que se proyecta construir dominio territorial. Allí su interés prioritario estará asociado con la seguridad del propio grupo armado y buscará fundamentalmente controlar que la población no colabore con el enemigo. Para lo cual se persigue y castiga, con la muerte, la violación o el desplazamiento, a quienes se sospeche que sean posibles colaboradores o colaboradoras del enemigo. A través del miedo al castigo se busca disuadir comportamientos que puedan impedir el beneficio del tránsito estratégico o la intención de dominar el terreno. Cuando la intención es establecer el dominio, se busca proyectar una imagen favorable de la guerrilla en la comunidad mediante la persecución y ajusticiamiento de reales o supuestos ladrones, violadores, funcionarios corruptos, etc. La presencia provisional de la guerrilla suele estar acompañada de la elevación de los guarismos de violencia. Las zonas en *disputa* entre dos actores (por ejemplo las FARC y el ELN en Arauca, durante la segunda mitad de la década anterior) que pretenden el control territorial son las que presentan los peores guarismos de violencia. Precisamente porque se presenta competitivamente la misma lógica entre dos actores superpuestos cada uno victimizando a la población civil que ve como posible colaboradora de su adversario y vengando los asesinatos causados a quienes consideran sus aliados²⁶⁴.

Otra cosa es cuando una guerrilla consolida su *dominio* en un territorio porque suele bajar la violencia y el delito a niveles mínimos. Se impone y se consolida el poder disuasorio del actor armado. La guerrilla establece reglas de convivencia en la comunidad, o de trato entre géneros, o para los negocios, impone contribuciones a la lucha armada, establece controles ambientales, emite dinero²⁶⁵. Nadie roba, se evitan

²⁶⁴ La competencia entre actores armados en un territorio tiende a aniquilar el tejido social y las autoridades comunitarias. “Esta tensión provoca el aniquilamiento de las formas comunitarias, desfigura el tejido social y es la causa del importante incremento del homicidio de los civiles(…)” (Aguilera, 2003, p. 12)

²⁶⁵ Ha fijado zonas de protección o reglas de caza o extracción, ha circulado con efectividad fotocopias de billetes de las mayores denominaciones con la simple firma del comandante de



las riñas, se reduce la violencia intrafamiliar y las infidelidades, dependiendo de las respectivas pautas: es el orden de la guerrilla. La comunidad acata, en su mayoría con la certeza de que no cumplir genera castigo. Aun cuando la drasticidad de los mismos se hace variable. El enjuiciado puede ser castigado desde una multa o trabajo comunitario hasta la pena de muerte y el desplazamiento. Pero todos ellos se vuelven menos recurrentes.

El comandante se erige en máximo operador de justicia y la propia población sabe que la única manera de zanjar un conflicto es a través de su intervención. Entonces, la guerrilla atiende conflictos domésticos, mercantiles y vecinales, para lo cual tiende a evitar que su intervención se asocie con su capacidad punitiva. Además, cuando su estrategia lo requiere, en nombre de la comunidad enjuicia bajo su propia estructura de tipicidad a los dirigentes sociales y políticos, incluso a alcaldes y otros funcionarios (Aguilera, 2001, pp. 401 y ss.). La relación tanto del ELN como de las FARC con la mayor parte de los territorios que han ocupado estaría dentro de esta categoría.

Finalmente, la otra modalidad de relación de la guerrilla con el orden territorial se presenta cuando ella lidera un orden de *hegemonía* en una zona. Está asociada con una intensa, compleja y sostenida en el tiempo, dinámica de direccionamiento político de una comunidad por parte del actor armado. Gracias a lo cual se desarrollan en el territorio dispositivos culturales que dirige una cúspide en la que se encuentra el mando, pero se ejerce de manera inmediata y tangible por parte de estructuras sociales participativas. Tal tipo de posición del grupo armado se deriva de su capacidad organizativa de la vida social, habiendo llegado a ser catalogada como fundadora del territorio. En regiones de Arauca, por ejemplo, tuvo un papel en la

la guerrilla, (o fija la moneda de cambio como por ejemplo lo que hizo con los gramos de coca en el Guaviare).



presencia de lo colombiano en una región que por ausencia del Estado, estaba altamente venezonalizada²⁶⁶.

El actor armado no sólo habrá formado a sus propios integrantes en una manera de ver la sociedad y la lucha política sino que contará con recursos para impulsar y encauzar las corrientes de pensamiento y acción que surgen en la comunidad. En alta medida puede hablarse de zonas que tienen una cultura ‘fariana’ o ‘elena’ porque la guerrilla verdaderamente lidera procesos de orden organizativo, se ocupa de la educación de niños y de adultos, de la salud y de la producción. La guerrilla gobierna un pueblo que cree en ella y la acata. Bajo esas circunstancias, la mayor parte de la administración de justicia está a cargo de entidades de la propia comunidad en las que la guerrilla no interviene directamente. Las decisiones las toman generalmente por conciliación ante actores comunitarios que cuentan con el respaldo de la guerrilla²⁶⁷. Sólo una parte muy menor de los territorios llegó a ocupar la guerrilla, en los que se llamaron históricos de presencia de las FARC, como Sumapaz en Cundinamarca o La Macarena en el Meta o en el caso del ELN que fueron las de mayor consolidación en el pie de Monte araucano. La mayor parte de esos territorios están actualmente en disputa con el Estado o con algún otro actor armado²⁶⁸.

²⁶⁶ Como quedó registrado en su momento (Rangel, 1993, p. 57) “Pero hay otro tipo de relación de la guerrilla con el territorio. Son esas regiones donde la guerrilla lleva asentada una, dos o tres décadas, y a donde incluso llegó primero que los colonizadores. En estas zonas ella estableció su propia economía y estructuró comunidades antes de que ocurrieran desarrollos posteriores. En realidad, parte del éxito, del enraizamiento y de la larga duración de la guerrilla colombiana se debe a que ella ha sido constructora de territorios, si entendemos estos como espacios acabados, apropiados, administrados y delimitados política y administrativamente”.

²⁶⁷ “Las FARC reconocen autoridad a la junta de acción comunal, limitándose a apoyar las decisiones que ésta tome, siempre y cuando no se contrapongan a sus intereses y necesidades estratégicas”. (Serrano, 2009, p. 122)

²⁶⁸ Samudio (2006) describe y analiza cómo son las estructuras normativas en los diferentes niveles de sociabilidad y da cuenta de que, la guerrilla cuenta con un poder coactivo que excepcionalmente impone sanciones: “Ahora bien, estas sanciones, las cuales se tasan y



Las décadas de los años sesenta y setenta, fueron relativamente simples para el conflicto armado colombiano, dado que se trató básicamente de un enfrentamiento de las guerrillas y el Estado. Los proyectos de hegemonía de las FARC y el ELN compitieron con relativo éxito frente a las campañas cívico militares del ejército, que rara vez abrían paso a la presencia territorial del Estado. En muchos casos, al contrario, la guerrilla llegó a subordinar los poderes locales e incluso los nacionales que hacían presencia en el territorio, como ocurrió con el ELN en la zona petrolera de los llanos orientales en la década de los ochenta. Pero es precisamente, en este período cuando el conflicto hace más compleja la relación de las guerrillas con las zonas de influencia. Por esa época llegan la violencia²⁶⁹ y la violación de derechos a los niveles más críticos del mundo. Tal situación es la resultante de varios factores: (i) prevalencia de una tendencia militarista en el manejo del conflicto y los derechos

emplean dependiendo la 'gravedad del asunto', 'la posibilidad real' de aplicación y el 'operador jurídico' que las acciones, pueden sintetizarse así: Llamados de atención, multas económicas, trabajo comunitario o para el grupo armado, expulsión de la zona y pena de muerte. Por supuesto estas pueden encontrarse en estado puro o con múltiples variaciones, matices y combinaciones. Así, es posible que la comisión de una falta se sancione con la expulsión de la región previo pago de una multa, o que se realice un llamado de atención y se obligue al sujeto a desarrollar un trabajo comunitario. También es posible que lo que en principio podría acarrear la pena de muerte, se convierta en el pago de una multa y trabajo para el grupo armado." (p. 89). Espinosa (2003, pp. 97 y ss.) por su parte muestra como en La Macarena, las instancias comunitarias producían sus propias decisiones y sólo excepcionalmente, cuando ellas eran rebasadas se iba, al otro lado del río, donde decidía el comandante guerrillero. Quien, por regla empoderaba a las autoridades comunitarias e insistía en el acuerdo entre las partes.

²⁶⁹ Colombia ocupaba el lugar del país más violento del mundo con 82 homicidios por cada cien mil habitantes, casi 20 veces el promedio mundial de entonces. "Las cifras del crimen en Colombia resultan exageradamente altas. A mediados de los noventa el índice de homicidios era el triple respecto de la tasa en el Brasil, ocho veces mayor que la de los Estados Unidos y ochenta veces mayor a la de la China. En 1991 en Colombia la tasa de homicidios ascendió a 89 por cada 100.000 habitantes; cifras que a todas luces se torna desbordante para un país que no encuentra en una situación de guerra declarada. No obstante, Colombia no siempre ha sufrido semejantes índices de criminalidad. En los cuarenta la tasa era de 20 de homicidios por cada 100.000 habitantes, en 1975 la tasa de criminalidad en general, y particularmente la tasa de homicidios inició su ascenso: el número de homicidios pasó de 5,800 en 1975 a más de 28.000 en 1991, con un leve descenso a 26.600 en 1966". (Echeverry & Partow, 1998).



humanos por parte del Estado; (ii) correlativo fortalecimiento de los sectores guerrillistas en las guerrillas que, en medio de procesos de negociación se empoderaron en la medida que crecía la violación masiva de derechos humanos por el Estado (y su creciente sucedáneo con los grupos paramilitares)²⁷⁰; (iii) estructuración de un financiamiento a través de fuentes rentables en el propio territorio como el comercio de la coca por parte de las Farc (primero como impuesto con el llamado “gramaje” y luego implicación directa en diferentes actividades productivas) y la extorsión a las multinacionales petroleras (por el ELN); (iv) un consecuente salto estratégico que plantearía, hacia la década de los noventa, un discurso territorial asociado con la toma del poder nacional, una generalización de la lucha armada en el territorio nacional y una práctica que fue de cooptación del poder regional y, especialmente, local del Estado²⁷¹.

En consecuencia, desde entonces los que pudieron considerarse proyectos locales de construcción hegemónica desaparecieron, la estrategia militar subordinó a la política y cultural. Desde entonces, la guerrilla se ha ocupado mucho más de someter que de ganarse a la población civil. Su crecimiento en los noventa fue de ocupación territorial (las FARC llegaron a establecer un cambio estratégico de la guerra de guerrillas hacia una guerra de posiciones) y la modalidad del orden

²⁷⁰Incluido el exterminio de más de tres mil dirigentes de la Unión Patriótica que fue el partido mediante el cual las Farc intentaron llegar a la legalidad. Fue la tendencia excluyente y violenta del establecimiento la que se impuso en este genocidio con el argumento de combinación de todas las formas de lucha que proporcionaba la guerrilla.

²⁷¹En efecto, las FARC pasarían de tener novecientos hombres en armas y nueve frentes de combate a comienzos de los años ochenta, a cerca de dieciséis mil hombres y setenta frentes a finales de los noventa. Por su parte, en el mismo lapso el ELN pasaría de setenta hombres a cerca de tres mil quinientos y de tres frentes de guerra a unos treinta. De igual manera, su presencia territorial se había multiplicado. En 1985 estaba presente en ciento setenta y cinco municipios y para finales de los noventa esa presencia era notoria en cerca de seiscientos municipios (Rangel, 2001).



territorial que impusieron fue el *dominio*²⁷². En este periodo crecen los territorios de la guerrilla pero no aquellos en los que es hegemónica. Su poder desnudo cada vez depende más del dedo en el gatillo. La izquierda legal cada vez se aleja más de la insurgencia y abraza la Constitución Política de 1991 como mínimo político en que se compromete la casi totalidad de la izquierda no armada²⁷³.

Contrario a lo que pudo ocurrir con avances armados de proporciones similares en el Salvador, Guatemala, Nicaragua o Cuba, en Colombia la guerrilla cambió su estrategia militar pero ello no estuvo acompañado por un frente de organizaciones sociales y políticas o ni un movimiento de insurrección popular. A los mandos insurgentes tampoco pareció importarles estar solos en esa guerra y así asumió en solitario el proceso de diálogo con el gobierno de Pastrana, al final del siglo. En ese contexto, la guerrilla alcanzó su mayor expansión militar pero también su más estruendosa derrota política y se convierte en el objeto de odio de más del 90 % de los colombianos. Álvaro Uribe, recogió ese sentimiento y se convirtió en una fuerza política arrasadora que, desde el gobierno, logra reducir en un tercio las tropas guerrilleras y en dos tercios los municipios afectados por su presencia. Frente a lo cual, las guerrillas replantean su relación con los territorios²⁷⁴ priorizando

²⁷²El desprestigio de la guerrilla, y en especial de las FARC fue creciente. No hubo una labor seria tendiente a construir consenso a su favor entre la población civil. Ni siquiera en los territorios ocupados, donde se convirtieron en el gran enemigo a erradicar, no sólo para los grandes poderes territoriales.

²⁷³Mientras la guerrilla transmite que la negociación de la paz es en el largo plazo un medio de su fortalecimiento estratégico en la guerra, la mayoría de la izquierda legal promueve un acuerdo en la mesa de negociaciones como un medio real para que por fin la izquierda y los movimientos sociales puedan dejar de ser perseguidos con el predicamento histórico de la extrema derecha de ser “guerrilleros solapados”. Los sectores más agresivos de la derecha siempre han sido poderosos en Colombia, en alta medida por antítesis a la acción violenta de la guerrilla. Un proceso de paz puede ser una vía para que cesen las dos fuentes de la violencia y los procesos democráticos por fin puedan fluir.

²⁷⁴ Las FARC, por ejemplo, desde el segundo gobierno de Uribe dejan a un lado la estrategia de guerra de movimientos y retoman su guerra de guerrillas para lograr reducir su vulnerabilidad y sus costos. Con lo cual logran neutralizar el incremento de un 300% de las



nuevamente la guerra de guerrillas y, con ella, prefiriendo la movilidad espacial. Ahora, cuando se completan dos años de cese unilateral del fuego por parte de las FARC, en medio del diálogo y la negociación que se tiene el gobierno, factiblemente la relación con la población ha cambiado en las zonas en que operan.

ii). Territorios paramilitares

(#59) En franca competencia frente a la guerrilla, en la década de los noventa crece y se consolida un poder territorial que venía medrando gracias al narcotráfico y a poderosos actores económicos y políticos, incluso del nivel nacional del Estado ávidos del poder y la riqueza en los mismos territorios:: los paramilitares. Los “comandantes”, tras crear ejércitos privados, se adueñaron de los recursos municipales y parte de los nacionales, con el argumento de protegerse y luchar contra la guerrilla, desplazaron a pobladores y se adueñaron de millones de hectáreas de tierra, reclutaron niños y niñas, violaron mujeres, establecieron y monopolizaron rutas de narcotráfico, financiados por políticos, empresas y comerciantes a los que daban “seguridad”. Claramente partidarios de Uribe, hicieron acuerdos con ese gobierno mediante los cuales dejaban de operar con sus armas pero se mantuvieron íntegras sus bases políticas y sus aparatos hoy son un factor de primer orden en el

fuerzas del Estado. En Aguilera (2013) puede verse un completo análisis de los cambios estratégicos de la guerra de las FARC en los últimos treinta años. Sobre el momento actual dice: “Las FARC están maltrechas pero no derrotadas: No han vuelto a tener la iniciativa de la guerra; han tenido que correr sus líneas a zonas más marginales; hacen una guerra meramente defensiva apoyada en buena medida en la implantación de minas antipersona y expertos tiradores; han tenido importantes volúmenes de desertión; en algunas regiones han perdido su relación con la población civil; padecen un aislamiento internacional y un relativo repudio de la opinión pública; etc.” (p. 109)



poder territorial del país²⁷⁵. Sus huestes armadas fueron heredadas por lo que se conoce como Bandas Criminales (Bacrim), que ya no alegan motivaciones políticas antisubversivas. Muchas de ellas son lideradas por quienes fueron lugartenientes de algunos de los jefes paramilitares desmovilizados y siguen teniendo un control territorial sobre cientos de municipios, en muchos de ellos con alcaldes y concejales elegidos popularmente, además de un poder nacional que sigue siendo muy grande²⁷⁶.

“Los niños buenos se acuestan antes de las ocho. A los malos los acostamos nosotros”. Esta lapidaria frase pintada en una pared en un barrio popular de un municipio próximo a Bogotá nos muestra como estos actores llevaron su orden del gatillo a los extremos más agresivos del terror sobre la población. La gente se les sometió o huyó en muy poco tiempo y sin resistencias mayores²⁷⁷. En las zonas bajo su dominio son el poder máximo y desde él prestan, en alta medida por demanda de la propia población sometida, servicios de justicia que teóricamente corresponden al Estado” (García Villegas, García, Rodríguez, Revelo & Espinoza, 2011, pp. 32-33).

²⁷⁵Sobre la manera como en Antioquia, Córdoba y Sucre los paramilitares fueron acumulando poder es muy clarificadora la sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín en mayo de 2015.

²⁷⁶ En la actualidad los aliados de los paramilitares pueden controlar un tercio del congreso, han permeado hasta los más altos niveles de la rama judicial y los órganos de control, además de la ya inveterada relación con sectores poderosos de la policía y las fuerzas armadas.

²⁷⁷No sólo fue la ferocidad. Las estadísticas muestran que más del 80 % de las violaciones de derechos humanos y de los seis millones de desplazados en los tres lustros previos a la dejación de armas con el gobierno Uribe, fue causado por ellos. Sólo el Clan Úsuga hoy puede controlar 200 municipios. Un poder territorial que puede ser superior al que tienen las Farc en 220 municipios. Hoy, esos poderes política y económicamente ya mucho más consolidados, ejercitan su poder violento a través de un gatillo selectivo y, en esas zonas, se ha reducido notablemente el número de homicidios. En las zonas históricamente más afectadas por estos poderes ilegales, en cuya cúspide la figura más rutilante es el paramilitar Don Berna, se denomina Donbernabilidad a la pacificación que él impone.



F. Vectores de poder y caos

(#60) La situación de caos es diferente de la precariedad del orden estatal presentado en el primer acápite de esta sección. Si bien desequilibrado y discriminatorio, al fin y al cabo cuando el Estado consigue imponerse es un orden, que plantea un escenario de regulación y una cierta manera de orientar los comportamientos y gestionar conflictos. También es diferente de las modalidades de orden no estatal que hemos analizado. Las estructuras normativas de cada comunidad tradicional analizada establecen reglas de comportamiento, otorgan certeza sobre la actuación que se puede esperar de los demás y cuentan con cauce para el tratamiento legítimo de los conflictos. También los actores armados cuentan con una forma de ordenar las relaciones dentro de su espacio y dirimir las controversias. En el caos no hay orden. No se cuenta con reglas claras ni claridad sobre cómo producirlas. No se sabe a quién acudir si hay una contradicción de intereses. Entonces, por principio, cada uno depende de sí mismo y de los sustentos inestables que puedan derivar de una alianza con algún actor poderoso, que en cualquier momento puede ser superado o sustituido por otro y, en consecuencia, el poder que se disponía se vuelve en contra.

El caos puede ser resultante de la interacción estructuralmente conflictiva entre distintos procesos regulatorios en el nivel local por la superposición espacial entre diferentes dinámicas comunitarias; por el intento recurrente de imponerse por parte de un actor armado en choque con la normatividad y las instituciones propias de una comunidad; o, por la disputa territorial entre actores armados por el mismo territorio. El caos que se produce con la ocupación del mismo espacio geográfico por parte de comunidades diferentes se puede graficar mediante algunos de los conflictos de hábitat que hemos encontrado en los últimos años en unos 20.000 kilómetros cuadrados de los llanos orientales colombianos: (i) en territorios donde viven,



desarrollan su espiritualidad, transitan, recolectan y cazan los indígenas seminómadas Sikwane, Hitnu y Macaguán, allí campesinos en proceso de colonización espontánea se apropian, ponen cercas, aniquilan fauna y flora rural para hacer sus fincas, asumiendo que la tierra está baldía; (ii) Los indígenas Macaguán, seminómadas, se hacinan en un territorio menor al tradicional que es compartido con los indígenas Betoyes con el cual no hay coincidencia en su normatividad e incluso tampoco en la lengua; (iii) los indígenas Hitnu se resisten a ocupar un terreno que equivale a un kilómetro cuadrado cuando ellos han desarrollado su hábitat y sus estructuras normativas para desplazarse en ciclos de dos años en más de quinientos kilómetros cuadrados; (iv) los territorios convertidos en fincas no generan frutos y animales silvestres sino cultivados y es a éstos a los que los indígenas orientan su caza y recolección; (v) los campesinos nativos chocan con los colonos porque para aquellos no cuenta la propiedad de la tierra sino la del ganado y, por ello, rechazan las cercas y el desecamiento de humedales y esteros.

Obviamente, el caos de nuestra sociedad está asociado con la incapacidad que ha tenido el Estado en el periplo de su historia republicana para ofrecer orden en el territorio frente a los diferentes vectores de regulación que venimos exponiendo en esta sección. Lo cual se puede explicar en primer lugar a la inexistencia de consenso al interior del Estado en el respeto de la ley y en la obediencia a las autoridades competentes. Presente a lo largo de nuestra historia, es una tendencia caotizante que ha venido escalando en lo que ha corrido de este siglo por la entronización en diferentes lugares del poder nacional, de caracterizados opositores a la Constitución Política, los cuales desde su posición de autoridad con su discurso y sus acciones han patrocinado el desacato a las decisiones judiciales, han desarrollado políticas contrarias a las decididas por las autoridades competentes, han respaldado a condenados y han dado ejemplo de irrespeto a las autoridades de la rama jurisdiccional, a las cuales han logrado poner ante una parte amplia de la sociedad como enemigos de la nación.



En los contextos locales, también el Estado puede producir caos cuando desarrolla una acción que menoscaba o desvertebra un orden no estatal pero no logra implantar el suyo. Como cuando se recupera territorio guerrillero mediante una campaña militar que no es seguida de la presencia efectiva de los operadores de justicia. También cuando se desautoriza a las autoridades comunitarias, como ocurre frecuentemente con las indígenas y muchas veces con las de las comunidades de paz, sin un plan viable de ocupación territorial.

Adicionalmente se puede presentar caos por la intervención insuficiente del Estado en áreas de orden no estatal por el efecto de lo que llamaríamos *justicia golondrina* que llevan representantes de las diferentes entidades de administración de justicia hasta lugares remotos pero sin una sostenibilidad que sea suficiente para llevar a cabo los procesos que se hayan de tramitar²⁷⁸. En tales casos, la aparición de un actor estatal, especialmente el judicial genera expectativas que pueden llevar a que se distancie o enfrente a las personas necesitadas de regulación de las dinámicas a las que acudiría y luego las entidades del Estado no están en capacidad de responder por cualquiera de los siguientes factores: (i) no se cuenta con la capacidad para darle permanencia a los operadores que conocen y responden por la decisión; (ii) no se tiene acceso suficiente a los órganos llamados a actuar cooperativamente con los

²⁷⁸Las Casas de Justicia (que es una experiencia de trabajo coordinada entre distintos operadores) vienen desarrollando desde hace una década un ejercicio que se llama Casas de Justicia Móvil mediante la que tienden puentes cada vez más eficientes para la atención de asuntos de muy difícil acceso. La experiencia no ha sido suficientemente analizada pero parece que abre buenas posibilidades de una atención por parte de las autoridades situadas en la cabecera del municipio. Con el mismo nombre, en 2013 el Banco Mundial introdujo lo que si correspondería a la Justicia Golondrina, un tráiler (uno para un territorio mayor que España y Francia juntos) que va lleno de agentes del Estado ofreciendo la inmediatez de una justicia que nunca llegará dado que, por su naturaleza, la mayor parte de los procesos de administración de justicia exigen varias actuaciones ante los usuarios. De modo que su utilidad no llega a ser más que divulgativa en la mayor parte de los casos porque los procesos que se inician exigen continuarlos en una oficina que es remota por los usuarios a los que se pretende llegar. El mensaje que llega con el camión que dice un día “Aquí está el Estado” está transmitiendo el contrario para el resto del tiempo.



operadores y son exigidos como garantía procesal (defensores públicos, de familia, medicina legal); (iii) se carece de los recursos indispensables para que el operador actúe; (iv) por distancias o porque sencillamente los actores armados siguen controlando el territorio por fuera de las zonas de seguridad demarcadas, los operadores sólo pueden actuar en áreas muy reducidas (ciertas zonas urbanas)²⁷⁹.

El caos, como se planteó más arriba (#49) se genera también por el choque entre los intereses territoriales de un actor armado sobre un territorio comunitario en el que puede reconocerse un derecho propio y existen autoridades que no se le someten. Podemos ver algunos ejemplos: (i) las FARC y el ELN han estado enfrentadas a autoridades indígenas del Cauca, por el territorio, la autoridad y el reclutamiento, desde comienzos de los años setenta; (ii) las guerrillas, paramilitares y Bacrim ha desplazado a las autoridades propias de las comunidades afrodescendientes del Pacífico; (iii) los paramilitares trataron de doblegar a las comunidades de paz de San José de Apartadó y Cacarica en el Urabá y el Atrato.

El caos tiende a ser mucho más represivo cuando se refiere a la disputa territorial de actores del conflicto armado. Son suficientemente intensas y violentas las disputas territoriales entre las diferentes guerrillas (por ejemplo en Arauca el enfrentamiento de las FARC con el ELN han dejado cientos de muertos, civiles en su mayoría) o entre grupos paramilitares y bacrim (por ejemplo la lucha entre facciones por el control de las administraciones municipales y rutas del narcotráfico en

²⁷⁹ Como veremos en el próximo capítulo, por iniciativa de diferentes actores, se han desarrollado brigadas de promoción de la oferta de justicia que buscan poner la justicia al alcance de los usuarios más alejados (por ejemplo en lo que se conoce como Casas de Justicia Móvil). Por su naturaleza, la mayor parte de los procesos de administración de justicia exigen varias actuaciones ante los usuarios. De modo que su utilidad no llega a ser más que divulgativa en la mayor parte de los casos porque los procesos que se inicien exigen continuarlo en una oficina que es remota por los usuarios a los que se pretende llegar. En este terreno, lo más anecdótico es un camión financiado (sólo uno para todo el país) por el Banco Mundial cuya utilidad en estos casos no trasciende de lo simbólico. Un mensaje de aquí está el Estado, un día, el resto de tiempo el mensaje será: aquí no está el Estado.



Casanare o la Sabana de la Costa Atlántica). Pero lo son de mucho mayor intensidad las que tuvieron que ver con la lucha por el territorio entre algún grupo de la guerrilla y algún grupo paramilitar, porque convertían en blanco de sus crímenes un amplio espectro de los actores en su propósito de expoliar de su tierra a los campesinos y catalogar de ayudante de la subversión a cualquier organización social que ellos no controlaran.

El caos generado por el conflicto armado en un territorio se asocia con el incremento de la violencia²⁸⁰. No se trata sólo de los enfrentamientos entre combatientes o su accionar sobre la población civil²⁸¹. Los conflictos familiares, laborales, civiles tienden a escalar en las zonas de presencia provisional o de dominio de los actores armados por la falta de claridad en las reglas y en las líneas de autoridad necesarios en todo proceso de convivencia. Los territorios han tendido a ser provisionales porque, con contadas excepciones, han cambiado de manos de un lustro a otro. Con bajos niveles de consenso, sumados a la prepotencia de las armas y el aparato de violencia, cualquier conflicto, por simple que sea, puede entrar en la dialéctica de amigo-enemigo. Allí es la mano dura del actor violento la que impone las reglas del poder a través de la disuasión. En esos escenarios la gente convive en medio del miedo pero sintiendo un beneficio por el orden que les entrega el respectivo comandante.

El acelerado crecimiento de las tropas ilegales y las zonas donde se han hecho presentes fueron definiendo la tendencia a las zonas de control territorial de uno u otro actor armado. Material o funcionalmente no había jueces (García, 2008). A

²⁸⁰Por ejemplo Caquetá, Arauca y Putumayo registran una tasa del doble en homicidios frente a la totalidad del territorio nacional. En el caso de Centroamérica, varios países han mostrado cambios significativos en las tasas de homicidios. En cinco de los ocho países de Centroamérica las tasas han aumentado sustancialmente, llegándose hasta a duplicar como en el caso de Honduras, donde se duplicaron entre 2005 y 2010. (Gottsbacher, 2013, p. 3)

²⁸¹La disputa territorial contra el Estado impacta a la población civil en violación de derechos humanos no sólo por muerte y desplazamiento sino por la afectación de otros derechos.



comienzos de este siglo, los mapas estaban demarcados por los bandos rivales sobre más de setecientos municipios que registraban presencia armada. Como agravante, esa no era una situación estable. Recurrentes pugnas territoriales hicieron avanzar el control de un bando sobre el territorio controlado por el otro²⁸². En nuestra historia es palmario que las reglas han podido cambiar en cuestión de días y de kilómetros. Cuando un grupo vence no sólo desplaza un sector poblacional, también, sus reglas se imponen y su comandante se asume como el máximo juez. Previamente, habrá avances y retrocesos²⁸³, una transición cargada de inestabilidad generalizada con incrementos ostensibles de la violencia²⁸⁴ y una etapa de persecución y aniquilamiento al adversario.

Lo mismo que la apropiación privada del espacio público, las calles desoladas desde tempranas horas de la noche son señal del caos más agobiante. En las ciudades y poblados colombianos en tal situación, la calle y el parque desaparecen como espacio público. Allí la gente tiende a no sentirse segura. Para la mayoría, en el mejor de los casos son un camino que hay que recorrer lo más pronto posible y evitar problemas. No son lugares para estar. Por ejemplo podemos ver Medellín. Víctor Reyes muestra cómo puede llegar a ser el caos en amplias zonas de esa urbe. La gente cierra las puertas en busca de protección precaria ante una calle amenazante. La desconfianza no es sólo de los actores armados sino de cada vecino porque cualquiera puede ser instrumentado para agredir por parte de otro. No se puede confiar en nadie. La solidaridad desaparece. Lo desconocido es inaceptable, los extraños deben ser expulsados. Cada uno siente que todos los demás lo vigilan y le pueden dañar. Lo

²⁸² Lo más recurrente fue el avance paramilitar sobre el guerrillero, pero también el de las Farc sobre el del Eln.

²⁸³ En el caso se Arauca, la disputa territorial del ELN y las FARC ha dejado centenares de muertos civiles durante más de una década. No ha sido tan cruento el enfrentamiento con los Paramilitares o las Bacrim en ese departamento.

²⁸⁴ Como puede ser el caso de Tumaco por la expansión de las Bacrim a expensas de territorios farianos.



extraño empieza de la puerta de la casa hacia fuera. Sólo se siente seguridad en la casa, con el círculo más íntimo de la familia (Reyes, 2014, pp. 2066-2067). Medellín es una ciudad muy grande en donde hay zonas en las que se respira ese aire. Algo similar ocurre en vastas zonas de otras ciudades y ocurre en cientos de localidades en el territorio nacional. No hay orden, no se sabe cómo actuar, no se reconocen las normas que orientan los comportamientos. Cada uno se siente sólo, desprotegido.

RECAPITULANDO

Comprender los problemas de la administración de justicia en América Latina y en Colombia, en particular, exige comprender sus limitaciones territoriales, más allá del presupuesto formal que define el sistema judicial como realización de la supremacía del Estado. Hemos visto que entre Europa y nuestro subcontinente hay mucho más que un océano en el tema regulación de los conflictos por las instituciones del derecho moderno. En nuestra región especialmente en Mesoamérica, las zonas andinas y en la amazonia mantienen algún vigor sistemas tradicionales o se construyen instituciones nuevas de administración de justicia reguladas comunitariamente. Pero también, se han impuesto órdenes extraestatales fundados en la fuerza de las armas.

La realidad generalizada en varios de nuestros países es que las instituciones judiciales apenas salpican la mayoría de las controversias, quedando en buena medida en manos de los dispositivos de que se dispone en cada espacio estructural o de la capacidad de imponerse cada uno, cuando ellos no son capaces de regular los comportamientos. El orden estatal es muy precario en nuestras realidades. En el caso de Colombia, Bogotá, Medellín, Cali y un puñado de ciudades cuentan con unos



recursos judiciales inalcanzables para el conjunto del país pero, a pesar de su excepcionalidad, no ofrecen el amparo jurídico que se propone en las normas y la ausencia del Estado es generalizada en todo el territorio nacional. A ello se suma la percepción de que el aparato judicial tiende a ser utilizado por los poderosos para imponer sus intereses. Con lo cual, hemos sostenido que por regla general los colombianos no buscan su intervención en la conflictividad que les aqueja. El caos, tiende a expandirse en tanto las instituciones no sean una respuesta propia a nuestras propias necesidades y no nuevos calcos de experiencias ajenas.

Por más de doscientos años hemos intentado imponer instituciones que han sido resultantes de una dialéctica entre las figuras y los contextos sociales ajenos. En sus propios entornos tales instituciones construyeron sus discursos a partir de sus propias tradiciones intelectuales y sus prácticas sociales, y se estructuraron normativamente desde los procesos institucionales en los que emergieron. Litigantes y jueces, profesores y doctrinantes, investigadores y filósofos del derecho, enfrentados o aliados, constituyeron la masa crítica necesaria para que el judicial surgiera y se desarrollara como un proyecto lleno de significado en el contexto específico de las sociedades que hoy conforman los países centrales de occidente. El establecimiento de la manera europea de regulación de conflictos que conocemos como SJ es la resultante de una dinámica social y política de siglos que fue y sigue siendo ajena para nuestra cultura. Nuestra realidad es que nos negamos a ver esa dialéctica compleja en nuestra realidad jurídica. Miramos el mundo desde las estrechas rendijas de normas e instituciones construidas en otros contextos y, como no vemos más, quedamos conformes con la idea de que el mundo cabe en ellas.

Germán Palacio, cuenta que en una zona rural del Tolima, donde dio sus primeros pasos en la realidad jurídica colombiana, le preguntó a una campesina por qué le había puesto techo de zinc a su casa, siendo que los que lo tenían de palmiche (un vegetal seco usado tradicionalmente), disfrutaban de mejor clima. Y ella contestó con cierto enfado: “porque yo también quiero progresar como lo hacen en el pueblo”.



La ideología del progreso con la que se movía le impedía ver que contaría con una mejor tecnología frente a sus propias necesidades si acudiera a los materiales que sus ancestros habían adecuado durante siglos. Ni siquiera se ocupó de mirar si el zinc daba bienestar a los pueblerinos. Las latas estaban en el paradigma de progreso mientras que el producto natural, biodegradable y fresco estaba en el del atraso. En nuestro país, como la mosca que intenta ir al frente dándose golpes en el vidrio, insistimos en ver cómo está manejando el centro de occidente la problemática y tratamos de copiarle. Como resultante, tomamos un diseño, un paquete normativo, unas figuras institucionales, una parafernalia que dista mucho de lo que puede prosperar. Nuestro esfuerzo se limita a trasplantar, como se ha querido, lo que factiblemente no germinará o terminará creciendo enfermo y con deformidades.

No cabe duda de que contamos con una tradición para una porción de las relaciones sociales y puede sostenerse que tendencialmente crece la parte de la sociedad que se siente interpelada y regulada por este sistema con sus ventajas y sus problemas²⁸⁵. No creemos que el problema sea de juventud de nuestro país porque el fracaso nuestro ha sido coetáneo con resultados plausibles en sociedades tanto o más nuevas, como Canadá, Nueva Zelanda o el mismo Estados Unidos. El problema, precisamente está en insistir en la idea de que los países están en la misma línea de progreso, unos más atrás y otros más adelante y que lo que hay que hacer es adelantarse por la misma línea²⁸⁶. Decimos que tenemos instituciones inmaduras y no

²⁸⁵“En ese sentido, la pretensión eurocéntrica de ser la exclusiva productora y protagonista de la modernidad, y de que toda modernización de poblaciones no-europeas es, por lo tanto, una europeización, es una pretensión etnocentrista y a la postre provinciana. Pero, de otro lado, si se admite que el concepto de modernidad se refiere solamente a la racionalidad, a la ciencia, a la tecnología, etc., la cuestión que le estaríamos planteando a la experiencia histórica no sería diferente de la propuesta por el etnocentrismo europeo, el debate consistiría apenas en la disputa por la originalidad y la exclusividad de la propiedad del fenómeno así llamado modernidad, y, en consecuencia, moviéndose en el mismo terreno y según la misma perspectiva del eurocentrismo” (Quijano, 2000, p. 213).

²⁸⁶“Como ya fue señalado, el mito fundacional de la versión eurocéntrica de la modernidad es la idea del estado de naturaleza como punto de partida del curso civilizatorio cuya



inadecuadas, que somos un país joven y no que tenemos otro contexto; decimos ser un país subdesarrollado porque no hemos podido asumir la tarea de buscar nuestro desarrollo por un camino no andado. Ese camino corto, por supuesto, nos ahorra la tarea de leer nuestra propia realidad y de crear para ella. Pero nos lleva a plantearnos problemas y a proponer soluciones que no tienen raíces en nuestra realidad. No se trata de desconocer que nuestra realidad debe cambiar y que es necesario construir y fortalecer instituciones que lo posibiliten. Se trata de no seguir dando golpes en el vidrio.

culminación es la civilización europea u occidental. De ese mito se origina la específicamente eurocéntrica perspectiva evolucionista, de movimiento y de cambio unilineal y unidireccional de la historia humana". (Quijano, 2000, p. 220)



Universidad
Carlos III de Madrid

CAPÍTULO TERCERO

La emergencia de la justicia comunitaria



La justicia comunitaria es un fenómeno emergente en América Latina. En el continente se han extendido los operadores de justicia en los ámbitos comunitarios, han cobrado visibilidad muchos de ellos, especialmente los indígenas, muchos de los procedimientos e instituciones propias han obtenido validez ante las instancias estatales a partir de reformas inéditas hace tres décadas. En todos los estados existen programas relacionados con la JC (de promoción o de control) y las entidades de cooperación bilateral y las organizaciones multilaterales más influyentes en la región vienen formulando y desarrollando políticas al respecto. En consecuencia, la justicia comunitaria es cada vez más un fenómeno digno de análisis y de toma de decisiones en las políticas públicas mientras ha ido cobrando espacios en el mundo académico. Este capítulo se ocupa de analizar el escenario en el que se desarrollan, avanzan y debaten los procesos de JC en nuestras sociedades latinoamericanas y particularmente en la colombiana.

Partimos de la base de que la justicia comunitaria encuentra el terreno abonado para germinar y crecer en los espacios comunitarios en los que el Estado no hace una efectiva, eficiente y legítima oferta judicial. Las figuras comunitarias se hacen visibles en esta etapa como respuestas a las necesidades de gestión de los conflictos que se desarrollan en diferentes ámbitos sociales. Nuestra tesis en esta parte es que tal emergencia de los procesos de JC tiende a ser encauzada, y posiblemente neutralizada, dentro de las estructuras de poder mundial. Si bien la situación de crisis y los problemas estructurales de la administración de justicia propician el desarrollo



de experiencias de justicia comunitaria desde los procesos políticos y culturales locales, ellas han tendido a ser cooptadas o aniquiladas por las dinámicas excluyentes y discriminatorias del poder mundial. A ello contribuye nuestro desarrollo intelectual e institucional subordinado por ideologías etnocéntricas y una organización de la academia global cuyo vértice coincide con las cúspides del poder político planetario. Así nuestras construcciones mestizas, por más adecuadas, eficaces y legítimas que sean, tienden a ser desconocidas y rechazadas desde los escenarios académicos. Tal dinámica se acelera en las últimas décadas en los nuevos escenarios en los que se produce una retracción del Estado como principal factor de regulación en beneficio principalmente de los actores del mercado y del desplazamiento de la espacialidad nacional por dinámicas globalizadoras del poder y del derecho.

Desarrollaremos esta tesis en tres secciones. En la primera procuramos entender las políticas que están tratando de reorganizar la administración de justicia en América Latina como respuesta a las necesidades estructurales que se plantean desde la llamada crisis. Aquí sostenemos que lo que se está produciendo es un replanteamiento del papel del Estado en la A de J, dando espacio principalmente a actores privados, con el predominio de intereses que privilegian las necesidades de expansión capitalista. Con lo cual, los intereses de los sectores no incluidos carecen de unas propuestas viables de satisfacción. En la segunda sección exploramos las posibilidades reales de progreso de las figuras de justicia desarrolladas en los ámbitos comunitarios, que llamamos justicia mestiza, que no cuentan con el espacio necesario para ampliarse y generalizarse. Sostenemos que eso se determina desde las estructuras del poder mundial que no sólo segregan y someten poblaciones sino sus conocimientos y sus instituciones. En la tercera sección analizamos la experiencia actual de las transformaciones institucionales mediante las cuales se imponen los mismos formatos en los diferentes países y contextos, aupadas por remozadas herramientas de sometimiento transnacional.



I. Transformando el sistema judicial

(#61) La primera vez que oí hablar de crisis en la administración de justicia fue en mis primeros años de vida. Abogados cercanos a mi padre se quejaban de los problemas que tenían con su trabajo, no obstante ser reconocidos como de los más exitosos en nuestra región. Una década después, ya como estudiante de Derecho, presencié un debate entre magistrados y académicos sobre una ley de emergencia judicial con la que se buscaba poner freno a la crisis. Entonces me asaltó la pregunta sobre qué se había hecho en el país para superar la crisis de la que había tenido noticia en mi infancia, y mi sorpresa no fue poca cuando supe que seguía siendo la misma. Que no habíamos salido de ella nunca. Que los problemas de los que se hablaba esa vez eran los mismos de antes pero más abultados: congestión y morosidad, in-credibilidad y legitimidad, ineficiencia e ineficacia. Después, década a década, tras medidas y reformas, las cifras han cambiado (generalmente se han hecho más negativas) pero, de conjunto, lo que se percibe es que la situación no sólo no va a poder superarse sino que no es posible evitar que cada vez crezca más. Entonces pude entender que el tema de la crisis resurgía no con una nueva situación sino con el agotamiento de la expectativa de transformación (y, posiblemente, de los recursos)



que se habían generado con un paquete de medidas y la necesidad de establecer unos nuevos.

Sostenemos que todo esto ocurre precisamente porque el campo de análisis y de acción sobre los problemas judiciales se ha limitado en sus objetivos a lo que interesa a una porción de la conflictividad. Las respuestas parecen orientarse más a la imposición del orden del Estado que a atender de manera sustancial los problemas de acceso a la justicia y de garantía de derechos que acusa la mayoría de los sectores de la sociedad que se encuentran en áreas de caos o de orden no estatal. De manera que los vectores que determinan la tendencialmente grave situación de la administración de justicia se dejan más o menos intactos. No obstante, durante el último cuarto de siglo vienen dándose transformaciones importantes respecto de la respuesta institucional que definen una nueva etapa. Se ha venido reduciendo y transformando el espectro de la actuación estatal en este terreno, para dar paso preferencialmente a labores empresariales en una amplia zona de la conflictividad. Pero también, con avances y retrocesos, hay abiertos unos espacios de lucha y confrontación en los que las dinámicas comunitarias entran a jugar.

En esta sección analizaremos el nuevo escenario de la A de J y el juego de vectores en el que cobran capacidad de acción los procesos de JC. En primer lugar, propondremos que hay varios lentes en lo que significa el entendimiento de la crisis de la A de J. Obviamente, no nos quedamos en la mirada simple de congestión y morosidad judicial sino que proponemos que el campo de visión del problema debe ir hasta considerar que hay una parte importante de la conflictividad que afecta todo el sistema que no se prioriza y, aún peor, tiende a ser desconocida. Siendo así, en segundo lugar, veremos cómo las respuestas son sesgadas a un paquete de soluciones que se orientan a hacer más efectivo el trabajo judicial que se dirija a sustentar la fluidez del mercado y garantizar los derechos que se relacionan con ella. Luego, en un tercer acápite, veremos los cambios que se vienen produciendo en la actual etapa. Tales cambios son, de una parte, en cuanto a la presencia de nuevos actores y métodos



de actuación en el Estado y, de la otra, la presencia creciente de la actividad reguladora de los conflictos por parte de actores del mercado y de la comunidad. Sustentaremos, finalmente, que el aparato estatal cada vez tiende a concentrarse en la parte más represiva de la intervención en la conflictividad de la sociedad, con un impacto tendencialmente decreciente en el orden que le obsesiona.

A. La crisis judicial

(#62) Intentemos aclarar lo que es crítico en una realidad judicial como la que tenemos en Colombia. Resulta claro que cuando se habla de crisis en la administración de justicia, en realidad se deben considerar diferentes dinámicas sociales, dependiendo del lugar desde dónde se esté hablando de ella. No serán los mismos problemas que se consideran críticos al interior de las áreas de orden estatal que las que se presentan en las áreas donde hay otro tipo de orden o hay caos. Entonces es necesario que examinemos el significado de la crisis desde cada uno de los tipos de áreas. (i) En las que hemos denominado áreas de orden estatal, la crisis tiene que ver, de un lado, con la exigencia que se hace al sistema judicial de ofrecer un sistema expedito de gestión de los conflictos que se presentan a su interior y, del otro, con el control y el sometimiento al orden estatal por parte de los sectores excluidos. Entonces, la crisis judicial significa, en primer lugar, que el SJ y toda la institucionalidad pública y privada que lo bordea, carecen de eficiencia y eficacia frente a la conflictividad de la parte de la población que se reclama con derecho efectivo a que el Leviatán gestione y actúe sobre sus controversias, especialmente las que resuelven las contingencias del mercado y garantizan los derechos patrimoniales. En esta misma área, en segundo lugar, inquieta que el judicial y el aparato de fuerza que lo soporta no actúen con pertinencia, oportunidad y contundencia frente al delito



que amenaza al orden estatal, junto con los bienes y derechos de quienes participan de él. (ii) En las denominadas áreas de caos, la crisis judicial debería ser entendida como la carencia estructural de capacidad que ha mostrado el sistema judicial para posibilitar la integración socioeconómica y política de los sectores que lo integran. Ello significa, de un lado, la ausencia de mecanismos eficaces para que se tramiten los conflictos que se generan a su interior, se inhiba su escalamiento y se contenga la violencia directa pero también, del otro lado, controlar y sancionar a los actores que los agreden, los oprimen o los despojan, muchas veces desde las áreas de orden estatal. (iii) En las áreas de orden no estatal, factiblemente, la crisis judicial no será un problema sino en la medida en que se va requiriendo la coordinación del aparato jurisdiccional nacional en asuntos de interés comunitario o se van ampliando los cauces de incidencia del orden estatal en ellos. Por ejemplo, para la justicia indígena es crítico cuando no llega a encontrar el debido respaldo del SJ nacional y la coordinación horizontal que corresponde a su calidad de jurisdicción consagrada constitucionalmente²⁸⁷. Una situación similar a la que, en sus justas proporciones, también se observa en las áreas afrodescendientes. La expansión territorial del orden estatal está rodeada de demandas a la justicia que ella no llega a atender porque tiene una presencia precaria.

En las próximas páginas sustentaremos que la problemática de la administración de justicia tiende a ser entendida de manera limitada a los requerimientos de las áreas donde puede hablarse de un real orden estatal. Correlativamente, cuando se habla de crisis generalmente se desconocen, se

²⁸⁷La incapacidad del Estado colombiano para regular los conflictos en la sociedad nacional, y la limitada presencia e interés en atender los conflictos dentro de los territorios étnicos ha sido factor primordial para que incluso algunos cabildos de la región andina se hayan visto abocados a la contradictoria razón de delegar la solución de algunos conflictos con grupos o con personas no indígenas, y a veces entre sujetos étnicos, en manos de la guerrilla, lo que de hecho desdibuja, debilita y deslegitima el sentido de la jurisdicción indígena o de sus sentidos culturales jurídicos.



menosprecian o se rechazan las aspiraciones de los sectores situados en áreas de caos y de orden no estatal. Veremos que se tiene una perspectiva muy estrecha de lo que significa la crisis de la justicia para el conjunto de la población del país sobre el sustrato ideológico de que hay un orden único que rige sobre todas las personas en el territorio estatal de lo cual se deriva la exigencia de sometimiento uniforme de todos los colombianos al derecho y las instituciones nacionales. Hemos demostrado que no cubre todo el territorio nacional (#47) más allá de las leyes y los textos jurídicos. Esa perspectiva limitada sobre la A de J y sobre su crisis, conduce a que las acciones, las políticas y las reformas difícilmente puedan pretender mayor alcance que el de hacer más eficiente el sistema judicial en la gestión de los conflictos de una parte menor de la sociedad que se integra por quienes pueden reclamar de manera efectiva la acción protectora del Estado.

Con la claridad de que el Estado sólo puede pretender el lugar formulado en los textos jurídicos en unas áreas que están bajo su orden se hace necesario esclarecer cómo se dan las relaciones del SJ con las diferentes áreas: i) En las *áreas de orden estatal*, si bien se sitúa la población que reconoce su vínculo político con el Estado, a su interior hay grandes diferencias. Existe una parte minúscula que tiene un beneficio evidente del sistema judicial. Pero la mayoría no lo aprecia porque, como sustentamos en el capítulo segundo (# 48) existen factores de discriminación social al interior de esta área y el aparato judicial tiende estructuralmente a subrayarlas en lugar atenuarlas o anularlas. (ii) En relación con el *área de caos*, el Estado carece de la fuerza necesaria para imponer su orden y el SJ hace una oferta de gestión de conflictos que, en el mejor de los casos simplemente compite con otras.

La administración de justicia que se ofrece desde el Estado, para controlar a esos sectores poblacionales, concentra sus esfuerzos en dos tipos de políticas: de un lado, sobre una ideología de la seguridad defensiva (#13) (Lechner, 1998) la tendencia predominante tanto en la opinión pública como en las leyes y en las políticas públicas ha sido la de arreciar la represión hacia estos sectores, orientando la



mayor parte de los esfuerzos de reforma y de fortalecimiento del sistema judicial, a incrementar la capacidad punitiva del Estado; del otro lado, con respaldo institucional y recursos desproporcionadamente menores, se ofrecen programas de gestión de conflictos que se presentan a su interior de estas áreas. (iii) A pesar de que hay discursos y políticas de reconocimiento y pluralismo jurídico y cultural, que en teoría dan acogida por parte del SJ a las dinámicas de orden sin Estado, lo predominante ha sido la contracción de la capacidad regulatoria de las instituciones y las estructuras normativas de las comunidades tradicionales y las nuevas. El sistema judicial, si bien en algunos casos ha establecido formas de asociación y cooperación con las autoridades propias que son reconocidas por el sistema legal, generalmente actúan desautorizándolas. Con lo cual se incrementa la población que llega a las áreas de caos, dado que el socavamiento de los órdenes extraestatales no tiene como correlato la capacidad en el Estado para responder a los requerimientos de estas poblaciones²⁸⁸. (iv) Las áreas que fueron objeto del orden de los actores armados también, en su mayoría se han sumido en el caos dado que ni los jueces ni los demás operadores judiciales han logrado empoderarse en el territorio y desarrollar una oferta creíble para que la regulación de los conflictos se le someta²⁸⁹.

²⁸⁸Guerra Curvelo explica como la intervención del Estado puede ser un factor de debilitamiento de la capacidad regulatoria de sus propias estructuras en su pueblo Wayuu: “La intrusión precipitada de los cuerpos policiales y judiciales origina situaciones de angustia colectiva, dado que una de las consecuencias de la existencia de sistemas de control social alternativos es la no previsibilidad de la conducta de los individuos. En consecuencia, un grupo familiar podrá desechar las formas de conciliación tradicionales si le es posible utilizar los cuerpos armados nacionales para dirimir una disputa en su favor” (Guerra Curvelo, 2002, p. 198)

²⁸⁹Un ejemplo es el de la región de Urabá que, a comienzos de los años 1990, tras la negociación y desmovilización del Ejército Popular de Liberación, las zonas bajo su control experimentaron una expansión de las dinámicas de violencia, en parte determinada por la competencia entre la guerrilla y una coalición de actores articulados por el paramilitarismo. Desde el mismo ángulo ha de verse la expansión sin precedentes de la violencia social y el establecimiento de las maras en Centroamérica, luego de la desmovilización de las guerrillas.



Probablemente la acción diferenciada del SJ sobre la sociedad determina el problema de la legitimidad que es ostensible en la crisis. No es que la gente crea que los jueces son corruptos, los guarismos relacionados con la confianza y la legitimidad que tiene el sistema judicial como ruta para atender la conflictividad se derivan de que predomina la idea de que el SJ no está para proteger a los débiles. Mientras que dos tercios de la población cree en la honestidad de los jueces (porque no los consideran corruptos), dos tercios dudan de que sus decisiones sean confiables (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 390). Lo cual se asocia con el dato de que, en Colombia, un 70 % de las personas consideran que la justicia se aplica diferenciadamente a pobres y ricos (p. 389) y que no se ocupa de proteger los derechos de los débiles, en todo tipo de asuntos. No se trata únicamente de problemas de eficiencia y eficacia. En los conflictos hay un mensaje para amplios sectores sociales acerca de que el sistema desamparara a una de las partes en sus derechos. Que el sistema judicial tiende a favorecer al más poderoso. Que opera como una herramienta más de la dominación, de la discriminación y de la exclusión. De un lado porque se considera que el más poderoso cuenta con mayores posibilidades de utilizar los recursos procesales y estará en condiciones de imponerse en el escenario judicial. De otro lado porque se asume que los pudientes pueden presionar, mediante influencias y amenazas, hasta lograr que las autoridades le favorezcan (# 44)²⁹⁰. Finalmente, porque hay el entendido de que sencillamente los problemas de los débiles no preocupan, ni ocupan al SJ. Este aserto se sustenta, en particular en los asuntos penales, con la percepción en un 62% de los denunciados oficialmente (DANE, 2013) de que las autoridades no hacen nada más que recibir la denuncia y con el rumor extendido entre usuarios y funcionarios de que la fiscalía no persigue delitos contra la propiedad que sean inferiores a diez meses de salario mínimo (Llinás, 1998). Son datos que concurren a generar el 84% de

²⁹⁰ Lo cual incluye el problema de la seguridad personal, dado que es esperable que muchas veces los jueces puedan tomar decisiones coaccionados por el miedo, en consideración a que los jueces se sienten más amenazados (60%) que el total de la población (27%)(Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 391)



incredulidad que ostenta la rama jurisdiccional, situándola como una de las dos instituciones que cuenta con menor credibilidad en el país²⁹¹.

Otro aspecto que se evalúa como crítico es la capacidad del AJ para regular los conflictos. Los indicadores de eficiencia y eficacia que tienen mayor visibilidad son los asociados con el campo penal. Más de un noventa por ciento de los asuntos que son conocidos por las autoridades se quedan sin castigo alguno (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 352). Ya vimos como para el caso de homicidio, considerado social y legalmente como uno de los más graves, la impunidad por ineficacia del aparato judicial es gigantesca (# 25). Siendo, sin embargo, mucho menos deficitaria que la relacionada con otros delitos igualmente graves como la corrupción administrativa o la violencia sexual²⁹². Sin embargo, esa información contrasta con las estadísticas penitenciarias pues, pese a tanta impunidad, existe un hacinamiento carcelario (superior al 150%) de proporciones tan elevadas en las que inevitablemente se produce una violación masiva de derechos humanos de la población reclusa, sin precedentes en la historia nacional. Un problema que se suma y no se resuelve es el de la incapacidad del Estado de responder coactivamente en el amparo de los objetos jurídicos tutelados por el derecho penal. Está claro que en las condiciones actuales del sistema judicial por regla general no disuade a quien pretenda violar un derecho., bajo la seguridad de lograr impunidad En otras ramas de la jurisdicción el problema podría

²⁹¹ Es de esperarse que esta cifra vaya aún a menos en un próxima medición dado que es reconocido que el factor que más ha dado credibilidad a la rama ha sido la Corte Constitucional pero actualmente se encuentra en su peor situación por los procesos por corrupción al que llegaron a estar *sub judice* tanto su presidente como otro de los magistrados por corrupción (ambos) y por desplazamiento forzado (el primero).

²⁹² En la década de los noventa, la justicia penal dejó de investigar dos de cada tres homicidios. Respecto de otros delitos, las condenas jamás superaron a 7%. Un 95% de las muertes violentas quedan sin resolverse y la probabilidad de que un homicidio sea sancionado cayó del 11% en los sesenta al 4% en los noventa. Entre el 97 y el 2003, el 77% de los procesos penales salió de la competencia de la fiscalía sin que se hubiera realizado investigación de fondo. (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, pp. 30-37)



ser mayor si se tiene en cuenta que los problemas judiciales, como la morosidad en los procesos, por la vía de los hechos, puede perjudicar a quienes están en la posición desfavorable. Por ejemplo, el tiempo prolongado en los procesos relacionados con tierras tiende a beneficiar a quien está en la posición abusiva; lo mismo en lo relacionado con la insatisfacción de derechos laborales, que es favorable al patrono.

(#63) Ese conjunto de indicadores puede ser la parte visible del enorme *iceberg* que es la imposibilidad que tiene AJ para responder por su principal encargo: el amparo de los derechos. De acuerdo con el paradigma moderno de A de J, analizado en el primer capítulo (#3), el objeto esencial del SJ es orientar la capacidad coactiva a la protección de los derechos. No hay posibilidad real de que las personas obtengan la movilización de la fuerza colectiva para amparar sus intereses. Así, se carece de una herramienta fundamental para que el Estado ejerza su soberanía, pero también para que los habitantes ejerzan su ciudadanía. No conduce a otra conclusión el sentimiento de desamparo que ha de producir que en un 98% de los casos en que las personas se consideraron víctimas de un delito no se produzca la sanción respectiva (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p.332). Aunque se alega que este indicador es de percepción y la gente corriente usualmente no sabe qué es delito y qué no es, lo importante es que en tantos casos la comunidad ha necesitado que el Estado intervenga frente al conflicto que tienen y la respuesta no se ha producido.

Lo que interesa aquí no es si efectivamente hay impunidad penal, el punto a considerar es que la gran mayoría de la población sintió que el Estado no se hizo presente para dar la protección que se necesitaba. Si las personas tienen un conflicto y requieren la intervención de la autoridad poco les importa la calificación jurídica o el tipo de trámite que corresponda. Que sea penal o no, que sea asunto de juez o de autoridad de policía, pasa a un segundo plano. Para las personas, generalmente importa más su interés en un conflicto que la pertinencia de una sanción privativa de la libertad y el gran vacío es que el Estado no haya estado dirimiendo el problema. Hay unas cuentas que deben saldarse entre particulares (la reparación e incluso la



venganza) y hay otras que los particulares deben saldar con el Estado (la integridad del orden, el castigo). El ciudadano se siente más desamparado cuando son las suyas las que no se saldan. Frente a esa insolvencia del Estado para responderle a los ciudadanos, genera un escalamiento del problema: se aumenta el número de asuntos de conflicto que se convierten en delitos y cada vez se tienen penas más altas. Lo que aumenta la presión para las autoridades y posiblemente facilite su desprestigio²⁹³ porque no se aumenta la capacidad operativa para perseguir el creciente volumen de asuntos que demandan la intervención, ni la infraestructura, ni los recursos financieros para incrementar los cupos carcelarios²⁹⁴.

Siendo que el reclamo penal se pone en marcha buscando que un litigante poderoso, la fiscalía, asuma la tarea de procurar la protección de un derecho, otra es la situación cuando se carece de la posibilidad de movilizar a un actor con poder procesal similar. Entonces, más grave puede ser el sentimiento de desamparo cuando se trata de otras ramas del derecho. Si la parte débil se siente desprotegida en el ámbito penal en donde la protección de derechos fundamentales se hace más sensible por la naturaleza de la pena, es muy factible que su debilidad sea mucho mayor frente a asuntos que no tienen esa categoría. En consecuencia, en asuntos civiles y comerciales es esperable que cualquier reclamación naufrague por la posición desfavorable en la que se encuentra el actor. Debemos considerar la altísima cantidad de asuntos en los que nunca se acude al proceso judicial sencillamente porque se

²⁹³ Si, aplicamos la lógica de la acción racional y consideramos que el actor penal calcula los riesgos jurídicos antes de cometer un delito habría que combinar la cantidad de pena prevista con el riesgo de ser encarcelado. Considerando los delitos sexuales, tendríamos que, dada la impunidad del 99,8 en estos casos, el efecto disuasorio de pena prevista de varios años puede ser insignificante en el agresor y posiblemente contraproducente.

²⁹⁴ Por ejemplo, duplicar el número de cupos carcelarios, sólo alcanzaría para encarcelar a una parte de mínima de los inasistentes alimentarios que hoy constituyen el 12,85% de la demanda penal (estadística en Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 381) y tienen prohibida la transacción de la acción penal.



asume que los problemas de eficiencia judicial se traducirán en ineficacia de los derechos del afectado, bien porque una decisión inoportuna tendrá un efecto nugatorio en la protección del derecho, bien porque el proceso finalmente puede fenecer por el abandono del caso cuando se agoten las fuerzas para sostener un proceso. Muchos casos que se registran como una negociación directa de las partes, muy factiblemente se deciden por imposición de la parte más poderosa (# 19, #20). Otros, ni siquiera llegan a ser tramitados porque se ahogan ante el apabullante poder de la contraparte y porque la resignación se produce desde la génesis del conflicto, ante el evidente desequilibrio en el poder de los actores. Las dos hipótesis pueden ilustrarse por ejemplo en los diarios conflictos con las empresas de teléfonos celulares o de transporte y con las entidades financieras que vive cualquier colombiano. Frente a todas ellas, el interés de compensación por un daño parece en la reclamación directa que se hace muchas veces mediante un *call center* en el que, con eficientes protocolos, se logra disuadir al reclamante. De no lograrlo, sutil y amablemente lo desaffan a demandar.

Por el alto riesgo que implica la mayoría de las contrapartes, persuadidas de la inferioridad de su poder, por regla general no demandan a los pudientes, una buena parte de la población no tiene un acceso posible a la actuación judicial y, si lo tuviera, no contaría con condiciones de salir beneficiado frente a contrapartes mucho más poderosas fuera y dentro de los procesos²⁹⁵. Sería ir en contra de la evidencia de que el sentimiento de frustración se verá incrementado con el tiempo. No necesariamente

²⁹⁵ El equipo de Dejusticia da cuenta de los resultados de una encuesta en la que las razones para no acudir a las autoridades “32% indicaron falta de pruebas y 18% temor a represalias; pero igualmente 19% señalaron como causa la complejidad de los trámites” (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 352). En todas ellas son de destacar los desequilibrios entre las partes. En cuanto a pruebas, usualmente la parte poderosa suele estar preparada y generalmente cuenta con un documento contractual que presta mérito ejecutivo. En cuanto al temor, muchas veces a quien se teme es precisamente al poderoso que se tiene de contraparte. En cuanto a la complejidad de los casos, son los litigantes frecuentes quienes más conocen y se benefician de la complejidad de los trámites.



porque la decisión sea estruendosamente favorable al litigante frecuente cuando el pudiente saque a relucir la letra menuda de un contrato de adhesión real o presunto, la frustración puede llegar porque el reclamante con posibilidad de hacer prosperar su caso, se agota en un proceso alargado artificialmente, mientras el pudiente se beneficia de la situación fáctica que le favorece, lo que puede llevar al abandono del proceso o a concluir con una negociación extraprocesal²⁹⁶. Otras en caso de que la actuación vaya hasta la sentencia, el litigante frecuente se orientará a prevalerse de su posición dominante en el campo jurídico para presionar una decisión que favorezca en el mínimo a la contraparte. Siendo así, la relación costo-beneficio de demandar, resultaría muy onerosa para el litigante infrecuente, habida cuenta de que hay un alto riesgo de obtener un resultado irrisorio en caso de que el Estado ampare efectivamente el derecho (#41, #44).

La realidad es que son los litigantes frecuentes los principales beneficiarios de las actuaciones judiciales. Según el dato disponible para los asuntos civiles, el 77% de los demandantes está satisfecho. Pero esta cifra debe ser matizada porque quizás una gran mayoría de satisfacción se ubica entre los pudientes dado que es de esperar que se manifieste satisfacción en el 71%, de los casos en los que se demanda (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 370) y se obtiene en pocos meses la ejecución de obligaciones contractuales con título, que usualmente tramitan las grandes entidades financieras. Entonces, la satisfacción por todas las demás causas se reduce. En el resto de asuntos sólo se espera satisfacción para el 6% (incluidos nuevamente los frecuentes). Con lo cual, es esperable que sea mínima la proporción de satisfacción para el litigante infrecuente y que factiblemente se produzca cuando se enfrentan con

²⁹⁶ En 1994 había un millón seiscientos mil procesos en trámite, de los cuales, el 60% habían sido abandonados (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 367). Una parte podrá tratarse de casos en los cuales una de las partes habrá demandado para presionar un arreglo extrajudicial pero no se ha establecido cual es la proporción en que el demandante sencillamente se quedó sin su derecho.



otros que no son pudientes. En los asuntos penales, resulta verdaderamente extraño que los poderosos reciban su castigo. Hemos visto que sólo en menos de 1% de los casos se logra castigar a los culpables de gravísimos casos de corrupción. Excepcionalmente se ha logrado perseguir y condenar a los implicados en homicidios y masacres. En gigantescas estafas, con las que se defraudó a pequeños y medianos ahorradores, se han visto dilatar los procesos por lustros. Hechos como la tortura y asesinato de las personas atrapadas en el Palacio de Justicia, hace treinta años, todavía no se cierran porque están sometidos a revisión con alta probabilidad de que prospere las pretensiones de los poderosos. Los casos de los llamados “falsos positivos” hechos en los que se asesinó a jóvenes, llevándolos desde su hogar a lugares de combate para mostrarlos como guerrilleros caídos, continúan en trámite seis años después de que saltaron a la evidencia. Los procesos penales que se les adelantan se ralentizan. Se recusa y amenaza a los funcionarios. Si se logra condenarlos, logran evadir la pena. Si logran apresarlos, entran en reclusión en condiciones de privilegio²⁹⁷. Y la opinión nunca descarta que los procesos que lograron esto último sean revisados con algún recurso y que, al caerse, el Estado termine pagando cuantiosas indemnizaciones.

Por esa vía, los condenados no pueden ser sino quienes tienen una posición débil en la sociedad. Es notable que la mayor parte del esfuerzo del aparato se concentra en los casos en los que se cuenta de antemano con altas posibilidades en contra del sindicado porque se encuentra plenamente identificado y se cuenta con un acervo probatorio que facilita la decisión, es lo que suele ocurrir con personas con muy bajo capital social, económico y cultural como: (i) en asuntos de estupefacientes,

²⁹⁷ Veamos un ejemplo entre los muchos que hay. En el mes de junio de 2015, trascendió que los comisionistas de bolsa responsables de la estafa más grande de la historia de Colombia están en la cárcel en posición de privilegio sin ningún basamento legal: http://www.semana.com//nacion/articulo/los-cuatro-de-interbolsa-sus-privilegios-en-la-picota/432152-3?hq_e=el&hq_m=827457&hq_l=23&hq_v=2a2d821452



los campesinos cultivadores de marihuana o coca, personas de clase media baja que se capturan como emisarios de un envío (mulas); (ii) en delitos contra la propiedad, capturados en flagrancia o cuasiflagrancia por el delito de hurto; (iii) en delitos sexuales, en tanto la mayoría de los actores tienen cercanía con la víctima; (iv) en homicidios, los actores ocasionales que carecen de los recursos para evadir la autoridad, protegerse probatoriamente o huir; (v) los inasistentes alimentarios.

El otro elemento en ese desequilibrio de las partes se asocia con el papel de los jueces como responsables en la aplicación de las más importantes políticas dirigidas al acceso de amplios sectores al contrato social en nuestro país. En el capítulo segundo vimos como el aparato judicial entregó un resultado nulo en cuanto a las leyes de acceso a la tierra desde el año 1936, irrisorio en lo que tuvo que ver con la distribución de tierras a partir de 1961, tampoco hizo la tarea de laboralización de la fuerza de trabajo que se le encargó en la década de los cuarentas. Los sectores excluidos del contrato social moderno, que han tenido magras y escasas oportunidades de ser incluidos en el marco de reformas legales, en general, no han contado con la parte del impulso que ha correspondido a los jueces. Actualmente los jueces tienen asignado un compromiso considerado esencial para alcanzar la paz en el territorio, sobre ellos recae la responsabilidad de particularizar la decisión legal de resarcir las tierras despojadas a sus legítimos propietarios por parte los grupos paramilitares y sus aliados. Los escasos logros reportados del proceso de implementación hacen suponer que a cuatro años de vigencia de la ley, los usufructuarios del despojo de casi cinco millones de hectáreas y generadores de seis millones de desplazados, que son precisamente los poderes regionales que campean en el territorio, nuevamente se impondrán también por la vía judicial²⁹⁸. De modo que

²⁹⁸ El sistema de recuperación de los terrenos despojados debe hacerse por vía judicial, dado que se cuenta con títulos legalmente válidos en los que se registraron las ventas forzadas y se trata de desvirtuar la validez de tales contratos. Si bien los títulos actuales parten de una declaración de voluntad recogida notarialmente, hay una frase que sintetiza el punto de partida de esta agresión de estos actores armados: “Señor, véndanos usted o le compramos a



los jueces no sólo no han podido contribuir a la inclusión social sino que tampoco habrán contribuido a evitar la exclusión²⁹⁹.

B. La nueva oferta institucional

(#64) Como veremos en la parte restante de esta sección, la plétora de medidas que se toman para enfrentar la crisis tiene la consigna de garantizar la eficacia del

la viuda". Si bien hay muchos casos en los que no hubo declaración de voluntad de venta de uno u otro, la mayoría de las tierras cuentan con escrituras y registros, que pasaron en un tiempo breve por tres o cuatro ventas simuladas consecutivas hasta sus actuales titulares (Uno de ellos es el mencionado presidente de la Corte Constitucional, miembro de una poderosa familia de terratenientes de la Costa Atlántica, hoy acusado de desplazamiento forzoso. Hay también parientes y testaferros de los propios para-militares, así como dirigentes políticos en ejercicio). Se trata de recuperar la titularidad del propietario original o sus herederos. León Valencia muestra como hasta ahora sólo se han restituido 100.000 hectáreas que equivale al 5% de lo despojado. De 73.000 solicitudes efectuadas sólo se ha llegado a 1.368 sentencias aunque la mayoría de ellas (66.000) están represadas por un requisito para proceder judicialmente que exige la ley: autorización de las fuerzas armadas, por razones de orden público. Entre tanto, varios de los líderes de los propietarios que intentan reivindicar sus derechos han sido asesinados (Valencia, 2015).

²⁹⁹ Santos (Santos & García, 2001, pp. 24 y ss.) explica los límites del Estado moderno en los países periféricos y semi-periféricos por la exclusión de una parte de la sociedad. Frente a la exclusión que llamaríamos originaria había una promesa de inclusión que mal que bien se siguió produciendo hasta el tercer cuarto del siglo veinte. Pero desde entonces, tales tendencias empezaron a invertirse en diferentes campos de la vida social, salvo en varios países de América Latina cuyos gobiernos se comprometen a fondo con la inclusión, como Bolivia, Ecuador y Venezuela. Entonces, en general, la promesa de inclusión va desapareciendo y, por el contrario, se producen nuevas exclusiones. A esa dinámica general de exclusión pre y post-contractual hemos de sumar los cerca de siete millones de desplazamientos humanos que se causaron en los últimos treinta años en Colombia.



ordenamiento jurídico nacional y consolidar el orden del Estado. Tres dinámicas son fundamentales para entender las transformaciones que se proponen para enfrentar las crisis: (i) el Estado, si bien insiste en la vía judicial, diversifica la gama de instancias, procedimientos y metodologías mediante los cuales interviene en la gestión de los conflictos, dando cada vez más lugar a la intervención de actores estatales no judiciales; (ii) el Estado renuncia formal o, al menos, materialmente a intervenir en una amplia gama de conflictos que habría dentro de sus linderos normativos, cediendo su espacio a otros actores frente a los cuales se propone una labor que se limita a promocionar y controlar lo que ellos pueden realizar; (iii) atendiendo o no las directrices estatales, se van abriendo paso actores no estatales que proponen instrumentos de gestión de la conflictividad. Vamos a ver que ese conjunto de transformaciones plantea un nuevo escenario para la intervención en los conflictos por parte de actores empresariales y para instancias de justicia comunitaria, analizaremos cuáles son sus reales potencialidades.

i). Cambios en la oferta estatal de protección de derechos

(#65) El Estado experimenta algunas transformaciones importantes para atender la conflictividad en el actual contexto. No es sólo porque el aparato político se transforma orgánicamente sino porque se anuncian cambios metodológicos en el conjunto institucional mediante el cual el Estado protege los derechos y actúa sobre las controversias. En lo orgánico la intervención estatal en los conflictos el modelo judicial se desplaza a otros órganos del Estado (nuevas instancias de la administración pública nacional y territorial del Estado), especialmente hacia la rama ejecutiva de la administración pública en sus diferentes niveles³⁰⁰. En cuanto a las metodologías de

³⁰⁰ En cuanto a la rama ejecutiva es amplia la gama de actores que incursionan en el campo de



tratamiento de las controversias los órganos estatales cuentan con una gama diversa que va desde la pura proyección del sistema judicial hasta un papel no decisorio de las agencias estatales³⁰¹. Se multiplican las metodologías en tanto para unos conflictos, la intervención estatal incorpora procedimientos que se fundan en el consenso de las partes, por diseños procesales que se fundan en la autonomía de las partes y en las reglas contractuales del derecho privado o porque ponen su acento y se centran en la construcción de tejido social³⁰²; aun cuando, para otros, se mantienen los procedimientos adjudicatorios, sometidos a una decisión que debe tomar el operador de justicia en aplicación de la ley. La mayoría de los nuevos operadores estatales cuentan con facultad para combinar los diferentes mecanismos y procedimientos. Principalmente, la competencia adjudicatoria, que corresponde a la mayoría de las instancias, se asocia con la de conciliar. De modo que la intervención en los conflictos que pueden hacer estos operadores contempla la posibilidad de que se combine la adjudicación con la conciliación y que, de ser necesario, se implementen en diferentes

los conflictos y va desde las autoridades de policía hasta actores del gobierno en el manejo de conflictos. La administración entra a intervenir a través de sus diversos agentes en conflictos que van desde los individuales y puramente privados hasta los colectivos y de interés público.

³⁰¹Entre ellas se consideran reformas de la administración de justicia que permiten la desconcentración de la tarea de administración de justicia a sectores del propio aparato estatal que están por fuera del judicial. Se trata de la transferencia de la competencia en asuntos de carácter penal o correccional y civil a instancias administrativas, principalmente del nivel local, para que atiendan conflictos que se consideran de menor importancia y para los que se establece un procedimiento en el que los funcionarios toman un papel más cercano a la búsqueda del arreglo directo entre las partes que al de decidir por ellos.

³⁰²Más allá del modelo generalizado de intervención que hacen órganos administrativos del estado en los conflictos, la flexibilización de los procedimientos judiciales se hace principalmente de dos maneras. De un lado, se incorporan procedimientos informalizados a la tarea de administración de justicia formal, principalmente como un trámite prejudicial que en muchos casos se hace obligatorio. Los campos en los que más se ha desarrollado este camino son el de familia y el laboral, aun cuando hay ya una cierta experiencia en el campo penal. Del otro lado, se crean mecanismos nuevos, con una estructura procedimental completamente novedosa para la actuación en cierto tipo de casos.



momentos como la caja de cambios de un aparato automotor. A continuación podemos contemplar las que son más pertinentes al objeto de esta obra.

En primer lugar se ofrecen herramientas para la gestión de conflictos frente a asuntos como los vecinales o los de familia que, de no existir estas instituciones, se quedarían sin posibilidades de contar con el amparo estatal. Tales mecanismos se han ido estableciendo a lo largo de nuestra vida republicana, sobre la misma matriz imperatoria de la ley del Estado y adjudicatoria, del que hemos expuesto sobre el SJ, que reinciden sobre los problemas y los límites del judicial y con aciertos que infortunadamente no han tendido a capitalizarse. De ellos haremos mención aquí, aunque serán abordados de fondo en el siguiente capítulo³⁰³.

Para los conflictos vecinales se estableció la figura de los inspectores de policía, prolongación de la mencionada función de convivencia que corresponde a los alcaldes. Durante varias décadas, su papel fue cumplido en la mayor parte del territorio nacional por parte de personas honorables sin formación jurídica, que se inclinaban en la práctica por el sentido común en las actuaciones y daban alto valor a las decisiones por consenso de las partes. La creciente proporción de abogados titulados en ese cargo ha traído consigo una mayor formalización y una tendencia hacia la gestión adversarial. Se han hecho intentos importantes de reconstruir la esencia de la justicia de policía mediante la figura de los corregidores, pero ella no ha llegado a generalizarse ni estabilizarse, donde se ha implementado.

Para la mayor parte de los conflictos de familia evolucionó un diseño de comisaría con habilidades para la gestión integral de los conflictos. Para lo cual, al lado de quien como jurista encabeza el despacho, se establece un equipo de profesionales

³⁰³ Nos detendremos en los principales aciertos en el siguiente capítulo (#88, #111), en el entendido de que allí hay elementos fundamentales de lo que puede ser nuestro propio camino en la administración de justicia.



de asistencia social y se ofrece el espacio para la conciliación. El diseño no se ha llegado a implantar plenamente en la mayor parte de los municipios, por limitaciones financieras de los propios entes territoriales. Adicionalmente han ido perdiendo capacidad de intervenir las controversias domésticas por una legislación que orienta la acción del estado sobre las relaciones de familia hacia el campo penal y encarga las acciones a autoridades cada vez más lejanas de las comunidades en donde los conflictos se presentan³⁰⁴. Con lo cual, lo que terminan logrando es impedir que haya alguna actuación que ofrezca el manejo concreto de los casos que se presentan.

En segundo lugar, lo que tiene que ver con los demás conflictos cotidianos la riqueza de la oferta es irrisoria. Mientras los demás países del continente y de Europa, fueron estableciendo la figura de los jueces de paz como sustituto de los jueces capitulares que estaban más cerca de los problemas en el ámbito más cercano de la vida en comunidad, en los países que hicieron parte de lo que hoy se conoce como la Gran Colombia³⁰⁵, esta figura fue descartada. De modo que las limitaciones para hacerse reconocer un derecho o para poner fin a problemas de responsabilidad contractual y extracontractual en todos los órdenes, fue referida a la muy limitada oferta de justicia judicial de la que hemos dando cuenta en los dos primeros capítulos. Durante la década de los noventa fue establecida la figura del juez de paz, primero como Conciliador en Equidad y luego como Juez de Paz, con una clara orientación de administrar justicia desde los valores comunitarios. (Ley 270 de 1996, Ley 497 de 1999) Pero no ha llegado a irrigarse en todo el territorio nacional porque no ha habido suficiente interés de los gobiernos. La figura ha venido cediendo a presiones tanto de los que tienden a convertirla en una versión imperfecta de la justicia ordinaria pero también a las que buscan su eliminación. Correlativamente tras intentos anteriores, durante el último lustro, se puso en marcha la figura del Juzgado

³⁰⁴ Ver: Gordillo Santana. (2007). La justicia restaurativa y la mediación penal. Madrid: Iustel.

³⁰⁵ Ecuador, Colombia, Panamá y Venezuela



de Pequeñas Causas que, si bien mantiene el sistema adversarial, propone métodos innovativos que lo acercan a la justicia restaurativa. Sin embargo, apenas existen una docena de ellos, en zonas urbanas y la Corte Constitucional eliminó su competencia en asuntos penales (Ley 1395 de 2010).

En tercer lugar, desde el nivel nacional del Estado, diferentes entidades han desarrollado herramientas dirigidas a atender algún tipo de conflicto o a apoyar a algún tipo de usuario de los procedimientos judiciales. Ejemplo de ello son las figuras del Defensor de Familia en cuanto a los menores, del defensor público respecto de los procesados penales, de asistencia jurídica a víctimas del conflicto armado. Tales actores estatales se suman a la presencia nacional de operadores y actores institucionales como jueces, en sus diferentes jurisdicciones y ramas. Formalmente hablando, el territorio nacional estaría muy equipado con tanta oferta de justicia. Todas estas son figuras que aportan alguna herramienta para que los sectores poblacionales concernidos puedan actuar ante la justicia.

En cuarto lugar, complementariamente se plantean, dos grandes cambios en la actuación del propio aparato judicial en los conflictos que interviene. De un lado se generaliza la combinación de los mecanismos adjudicatorio y consensual al establecerse la conciliación prejudicial o judicial como un paso obligatorio en la mayor parte de los procesos, con lo cual se convoca a los operadores de justicia a un cambio sustancial en su papel frente a los conflictos. Sin embargo, debe decirse que transformaciones no ha habido en este terreno y que, lo usual, es que la fase conciliatoria se tiene como un obstáculo nuevo en la gestión procesal y no como una herramienta que puede mejorar sustancialmente el aporte de los operadores judiciales. El otro cambio exige un cambio hacia la proactividad de todo tipo de juez y es percibido como el más importante instrumento de defensa de derechos en el país: la *Acción de Tutela*. Ahora, cuando la Constitución Política de 1991 se acerca a un cuarto de siglo, debe decirse que de la institucionalidad nacional de la administración de justicia esta figura es percibida como la herramienta más poderosa al alcance de la



ciudadanía para la protección de los derechos³⁰⁶. Por definición constitucional la “tutela” genera un procedimiento preferente que busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Dado que no tiene formalismos para accionarla y que la CC ha interpretado este mandato como la obligatoriedad de garantizar algún otro derecho que repercuta de manera directa en un derecho fundamental. La Tutela es percibida hoy como la principal herramienta con la que los más amplios sectores poblacionales (principalmente los trabajadores vinculados al sector formal de la economía) cuentan para el amparo jurídico de sus intereses³⁰⁷. Esto a pesar de que escasamente en una tercera parte de los casos se concede y, en cada caso, la mayoría no queda satisfecha con la decisión proferida (Santos & García, 2001, pp. 428, 430 y 438).

ii). Retiro estratégico estatal de la gestión de la conflictividad

(#66) El anterior conjunto de cambios replantea de conjunto el sistema de administración de justicia y el papel que tiene el Estado en él. En el fondo hay un desplazamiento del modelo judicial construido en los albores de la modernidad europea por metodologías, procedimientos e instancias que de algún modo responden

³⁰⁶ "Ha traído como consecuencia no sólo una transformación sustancial de la actividad judicial sino que, sobre todo, ha acercado la Constitución al común de las personas al dotarlas de un instrumento ágil para la protección de los derechos reconocidos en el texto" (Uprimny, 2001, p. 291). Ello no implica que desconozcamos los problemas que exigen replantear algunas de sus reglas como el uso indirecto a favor de actores como las Empresas Promotoras de Salud o el abuso malintencionado que suelen hacer actores de los que llamamos pudientes en el primer capítulo.

³⁰⁷ Más de la mitad de los casos que se tramitan se orientan a la protección de derechos económicos, sociales y culturales y sus beneficiarios estarían preferentemente situados en los sectores integrados económica, social y políticamente (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 359).



a otras lógicas. Pero hay un cambio que puede ser de mayores repercusiones históricas: el Estado cede a otros actores buena parte de la gestión de la conflictividad.

La nueva estrategia se dirige a canalizar, ordenar y subordinar los mecanismos que se produzcan en la sociedad, bien que sean promovidos y controlados por el propio Estado, bien que provengan de la empresa privada o bien que sean generados en el seno de las comunidades³⁰⁸. La cesión se produce al establecer canales que posibilitan que actores no-estatales intervengan en la gestión de conflictos³⁰⁹ para la producción de decisiones relevantes ante el sistema jurídico nacional. Lo cual, en muchos casos es sólo la formalización de su ausencia por la incapacidad que ha tenido el aparato judicial para la gestión material de los conflictos frente a espacios estructurales (#47) diferentes al de ciudadanía o áreas que, estando en su territorio, no están bajo su orden: por caos o por orden extra-estatal (#49, #50). Lo que hace es cambiar de estrategia y se concentra en el establecimiento de reglas y controles sobre los actores que estarían llamados a gestionar los conflictos.

El Estado pasa de presumirse el único titular de la administración de justicia a postularse como supremo garante de que los actores no estatales no desborden el orden jurídico. Muchas de las instancias son promovidas o creadas por medio de programas estatales (como el arbitraje, los jueces de paz o la conciliación) o se desarrollan instrumentos para que ante el derecho estatal se hagan visibles instituciones que operan con mayor eficacia y legitimidad en los espacios donde el

³⁰⁸ Es lo que se ha llamado movimiento de “juridización desjuridizante” (Rodríguez, E, 1991, p. 100): En amplias áreas se desmonta la estructura anteriormente existente pero juridizando estructuras comunitarias a las cuales no se les reconocía ese status anteriormente.

³⁰⁹ Por ejemplo el en artículo 116 constitucional se establece que las Altas Cortes, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía, Tribunales y jueces ejercerán las funciones judiciales que la ley les asigne. Los artículos 146 y 147 de la Constitución establecen como el Congreso, sus Cámaras o comisiones permanentes tomarán decisiones con la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la CP exija otra cosa, y consagra la renovación anual de mesa directiva de cada cámara y de los miembros de las comisiones permanentes.



judicial, o sus sucedáneos estatales no llegan (por ejemplo la justicia indígena). Así, de instrumento para la implementación de un sistema jurídico único y de una estructura articulada a partir de un centro único, la A de J pasa a ser concebida como la concurrencia de actores y referentes normativos que administran justicia bajo la tutela de organismos estatales en nombre de la integridad del orden jurídico.

Ante el retiro de operación de justicia por parte del Estado, la subalternidad de los mecanismos no estatales tiende a ser preservada a través de diferentes vías: (i) el Estado hace una distribución de la conflictividad mediante la cual puede concentrarse en un tipo de conflictos al cual atribuye el mayor nivel de importancia mientras que las competencias que admite para los otros mecanismos de manejo de conflictos se consideran de baja prioridad, se *trivializan* (Santos, 1991, pp. 133 y ss.); (ii) frente de una sólida articulación al interior de los mecanismos estatales hay dispersión de los mecanismos no estatales; (iii) a cambio del reconocimiento jurídico estatal de sus actuaciones los mecanismos se someten a unas reglamentaciones que los enmarcan en sus competencias y en sus procedimientos; (iv) a través de diversidad de medios, el estado se reserva la potestad de intervención selectiva en la guarda del orden jurídico y político. Boaventura Santos muestra como gracias a estas reformas, que flexibilizan el marco político con el que venía actuando el estado frente a la justicia, se permite el traslado de las decisiones judiciales hacia actores que no hacen parte del aparato estatal y, en consecuencia, el Estado puede desarrollar una dinámica de concentración de los centros de decisión judicial (creación y calificación de cuerpos especializados de investigación, establecimiento del sistema acusatorio presidido por un fiscal muy poderoso) y el incremento de los recursos con los que opera.

Santos (1991, pp. 123 y ss.) ha dicho que lo que se produce es una distribución de las responsabilidades entre el AJ estatal y los demás actores. En uno de los componentes, el Estado se concentra en aquellos temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades centrales de acumulación capitalista, que varían de un país a otro. En el otro componente, el Estado tolera, promueve o reconoce



mecanismos de justicia no estatal, a los cuales asigna valor jurídico en asuntos que se consideran periféricos para la acumulación capitalista, para lo cual se produce un reparto diferenciado de los elementos estructurales del Derecho³¹⁰. Mientras que el primer componente concentraría la burocracia y la violencia, el segundo tendería a crecer en el elemento retórico porque en este componente predomina el propósito persuasivo, en tanto que en aquél predomina el ánimo disuasivo en el manejo de los conflictos. Mientras que en el primero el elemento represivo se pone en el primer plano³¹¹, en el segundo, se transmite un mensaje de reconciliación entre la víctima y el victimario. Hasta en la esfera penal³¹² se vienen planteando³¹³ (aunque con poco éxito electoral y con menos brillo que las políticas represivas) políticas tendientes a la descriminalización, revocación de las normas incriminatorias o exclusión de la pena; o cambios en el procedimiento, la informalización y recurso a mecanismos desburocratizados³¹⁴.

³¹⁰Para Santos (1991), el Derecho tiene tres elementos estructurales mediante los cuales regula las dinámicas sociales: (i) La violencia que permite imponer comportamientos a través de la instrumentación de la fuerza; (ii) la burocracia, que orienta los comportamientos bajo el argumento de la existencia de una norma integrada en el sistema jurídico y; (iii) la retórica que fundamenta la capacidad regulatoria en la persuasión.

³¹¹ Santos (1991) dice que, por ejemplo la teoría neoclásica en la concepción de las penas ha llegado a dominar el escenario penológico.

³¹²“Se parte de la hipótesis de que el modelo penal basado en la idea del consenso y en la conciliación entre víctima y el autor de hecho se inserta en una lógica de ‘línea de montaje’, tendiente a reforzar la fragmentariedad y la selectividad del sistema penal, en una sociedad jerárquica y desigual”. (Rodríguez E.,1991, p. 95)

³¹³Entre los legisladores de muchos países ha prosperado más la tendencia que se conoce como populismo punitivo. Es desde luego lo menos conveniente a las necesidades de acumulación porque exige que el Estado le dé el mismo tratamiento penitenciario (en lo posible elevado) a lo que no es estratégico para las necesidades del capital. Sin embargo, tienden a ser muy rentables las reformas que incrementan las penas porque satisfacen la sed de venganza de muchos electores.

³¹⁴ Con ello, más allá de las razones de orden que la asocian con el acceso a la justicia, la participación y el respeto a la diversidad cultural, se obtiene también un control social más



Como correlato al retiro formal y material por parte del Estado en la regulación de los conflictos, la tercera dinámica de cambio en la administración de justicia es la diversificación y expansión en los actores de regulación y de gestión de conflictos que operan por fuera del aparato del estado, lo cual se produce en dos direcciones. De un lado, crecientemente se posicionan mecanismos con vínculos orgánicos en sectores empresariales -con presencia creciente en terrenos que van desde lo local hasta lo transnacional y con aspectos que van desde la reglamentación general hasta la gestión particular de casos-. Del otro lado, por supuesto, los instrumentos de gestión de conflictos que hacen parte de diferentes organizaciones sociales, expresiones comunitarias y movimientos sociales.

iii). Las empresas extienden su impacto en la conflictividad

(#67) Ante la cesión de los terrenos por parte del Estado, el actual escenario es propicio para el incremento en el protagonismo de actores empresariales en la gestión de los conflictos, aun de aquellos que se definen dentro del espacio estructural de ciudadanía (#46). El Estado no sólo permite sino que coopera y soporta legalmente la actuación de órganos propios de empresas privadas bajo el principio de protección de la autonomía individual y la lógica de que las partes son dueñas de sus pretensiones³¹⁵. El ámbito público sólo se reserva el derecho de establecer un marco

eficaz y más operativo (Ghiringhelli, 2000, p. 24).

³¹⁵“El tema que nos ocupa nos remite al poder reconocido al sujeto particular de dominar un ámbito que el ordenamiento somete a su señorío. Consecuentemente, la autonomía privada surge como una prolongación del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico la confiere para que gobierne sus intereses, adquiriendo institucionalmente la cualificación de principio general del Derecho privado, plasmado en una pluralidad de reglas y aforismos”. (Garrido, 2012, p. 226)



normativo mediante el cual se reserva la facultad de intervenir en las instancias privadas en garantía del interés general.

“Esta representaría una especie dentro del género de la desregulación consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general. Con esta visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales” (Garrido, 2012, p. 224)

Algo que admitirá matices en cada caso, pero que, dada la naturaleza de los actores y en línea con lo que venimos sosteniendo, factiblemente considerará interés general la reducción de los costos de transacción y la protección de la ganancia para los inversionistas privados. En un contexto de privatización del Derecho (Wolkmer, 1994; Garrido, 2012; Capella, 1997; Arnaud, 2003; Fernández B, 2001; Santos, 1991) las empresas a través de sus instancias, cumplidas ciertas exigencias legales y dentro de los marcos impuestos por el Estado, tramitan conflictos a través de normas que no se pueden catalogar como jurídicas estatales pero que se pueden imponer a las partes³¹⁶. Para garantizar el sometimiento a tales marcos, alguna instancia oficial, predominantemente del ejecutivo (V.Gr. una superintendencia, un ministerio, etc.), responderá por su control. En cualquier caso, deben diferenciarse las instancias privadas que tramitan asuntos en los que la empresa obra como parte interna, en la medida en la que tiene un interés antagónico con alguna de las partes (#21) de aquellas en las que la empresa es parte externa al conflicto y su interés se limita a su gestión. Veamos cada una de ellas.

Hay instancias que tienen como función atender necesidades de la empresa ante sus proveedores, sus clientes o sus empleados. El fundamento de su facultad de

³¹⁶ “Se trata de normas que son algo más que usos sociales no normativos, y tienen un mayor peso y conexión que los usos normativos sin que lleguen a ser normas jurídicas de acuerdo con el criterio positivista del pedigrí”. (Garrido, 2012, pp. 234)



actuar radica en el contrato que une a la contraparte con la empresa. Con lo cual, se supone que voluntariamente se asoció con ella para el logro de un interés, mediante un contrato que formalmente obliga a ambos por igual³¹⁷. Pero el operador es un agente suyo. Bajo ninguna circunstancia debe considerarse como tercero porque son una proyección de los intereses específicos de la respectiva empresa, independientemente de las formas para-jurídicas de las que se recubre³¹⁸. Su labor, se relaciona exclusivamente con los conflictos asociados al vínculo contractual que tiene la eventual contraparte con su empresa. Pueden ser vistos como parte o complemento de la atención post-venta del bien o servicio contratado. Con estrictos protocolos y limitadas respuestas, tienen como tarea persuadir o (en el peor de los casos) disuadir a la eventual contraparte a partir de los términos de un contrato del cual la contraparte suele ser mucho menos conocedora. El operador (muchas veces telefónico o telemático), si bien muchas veces presta un servicio que consolida las prestaciones a las que se obliga su empresa, obtiene su propósito cuando logra que la contraparte deja de serlo.

³¹⁷ A esos conjuntos normativos se les incluye dentro del concepto de *softlaw*. En estos casos es claro que las partes son desiguales y que hay una que es la que redacta las normas y que muy factiblemente es la misma que decide a través de sus propios procedimientos. “La plasticidad del derecho suave contiene intrigantes semejanzas con el derecho colonial, cuya aplicación depende de los caprichos del colonizador más que de otra cosa” (Santos, 2010a, p. 45). El concepto de *softlawes* caracterizado por Natalia Ángel así: “1. el diseño e implementación de un régimen de *softlaw*no depende de la potestad regulatoria de los Estados (...) 2. hay una participación voluntaria en la construcción, operación e incluso continuación del mismo. los participantes son libres de adherir al régimen o no, de no continuar su aplicación, sin que esto implique invocar el poder sancionatorio de los estados. (...) 3. idealmente se busca que las decisiones para actuar se tomen en consenso, y como el resultado de un diálogo entre diferentes actores, como gobiernos, firmas y actores de la sociedad civil, que permitan una cierta fuente de legitimidad y obligatoriedad institucional (...) 4. hay una ausencia del poder sancionatorio del estado – poder de policía para garantizar consenso y cumplimiento- igual- mente, y para centrarnos en el tema objeto de este artículo, se entienden como mecanismos de *softlaw* los esquemas de certificación, los códigos de responsabilidad corporativa o los mecanismos de reporte para las empresas. (Ángel, 2008, pp. 7-10)

³¹⁸Por ejemplo se habla de derechos, de doble instancia, de la posibilidad de recurrir.



Según la encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas, en Colombia un 36% (La Rota, Lalinde, & Uprimny, 2013, p. 48) de los casos que tienen trámite extraestatal se resuelven o encallan entre las oficinas de quejas y reclamos y los defensores del cliente. Seguramente serán una apabullante mayoría de los que se presentan con las entidades financieras, de comunicación, de servicios públicos domiciliarios. Aunque hubiera insatisfacción la contraparte de la empresa, descomunadamente débil frente a ella, agotará su reclamación al recibir la información que lo desarma acerca de alguna cláusula del contrato que firmó, de algún reglamento o política de la empresa, de alguna decisión de una entidad pública a la que “la empresa debe sujetarse”. Como se sabe, esos contratos son de adhesión y la contraparte juega en el campo de la empresa con las reglas de esta y mediante sus propios operadores. Las normas del mismo son escritas, interpretadas y aplicadas por la empresa en su propio beneficio y el operador, es un agente suyo, no un tercero. No tiene ni la independencia ni la fuerza para apartarse de lo que la empresa haya determinado³¹⁹. Correlativamente, lo que se presenta como un acuerdo de las partes no es más que el sometimiento de la parte débil a la más poderosa en el modelo de imposición unilateral que vimos en el capítulo primero (#23). En este conjunto de operadores hemos de contar a las oficinas de quejas y reclamos, las oficinas de servicio al cliente, las oficinas de personal y gestión humana y los defensores del cliente³²⁰.

³¹⁹ Otra cosa sería la existencia de instancias de gestión de conflictos al interior de un sector privado pero sin que se trate específicamente de una empresa. Tribunales de honor, tribunales de arbitramento, comités paritarios, etc. Veedores y comités de ética. Las partes son equilibradas, es otra historia. Las Boite Postales 5000 (BP 5000) son ejemplos de regulación extrajudicial de los conflictos, creados en 1976, teniendo como fin dar opción a consumidores para resolver conflictos mediante conciliación simple, logrando soluciones rápidas, gratuitas y amistosas (Bonafe-Schmitt, 1991, p. 105).

³²⁰ En cuanto al defensor del cliente, en diferentes países como Ecuador y Colombia han procurado regularlo de manera similar al Mexicano: “se le otorgan al Defensor del Cliente las funciones de resolver consultas y reclamaciones, emitir recomendaciones, tomar las medidas necesarias para preservar la seguridad jurídica, coadyuvar con otras autoridades en materia financiera, celebrar convenios con entidades financieras, actuar como conciliador, amigable



La otra manera como interviene el sector privado en la gestión de conflictos es a través de empresas dedicadas a prestar los servicios como actores externos en la gestión de controversias, enmarcadas en las disposiciones legales al respecto. Existe una cadena normativa que va desde la Constitución Política hasta programas gubernamentales que regulan la figura de los Centros de Arbitraje y Conciliación que hacen una oferta de gestión de conflictos a ser remunerada por las partes y, según la Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, están atendiendo el 13% de los asuntos que son objeto de trámite extraestatal (La Rota, Lalinde, & Uprimny, 2013, p. 48) a través de 248 centros reportados en 2014.

Al igual que el anterior conjunto de instancias, parte de la base de que se ha producido una decisión voluntaria de las partes de someterse a este tipo de procedimientos sólo que la intervención del operador tiene una clara dependencia de lo que las partes deciden y, en esa medida, éstas tienen un claro protagonismo en las decisiones que se producen (#22). El objeto de este tipo de instancias se circunscribe en los formatos definidos en las leyes y versa sobre asuntos que se ubican en la determinación que se hace de los conflictos en el espacio de ciudadanía. Sus competencias versan sobre una parte de las que tienen los jueces y se demarcan por medio de las leyes del Estado³²¹. Si bien son asuntos de interés colectivo y

componedor y árbitro, y representar los intereses de los usuarios en las controversias que se presenten entre estos y las instituciones financieras” (Vásquez, 2012, p. 909). Lo que no se toca es el vínculo orgánico. En todo caso sigue siendo un agente de la empresa que lo contrata y lo remunera. Llama la atención también que para muchos empresarios el Defensor del Cliente no es otra cosa que una estrategia de fidelización del cliente (Olamendi, s.f., p. 7)

³²¹Estas figuras, surgieron en un contexto estadounidense, social y culturalmente diverso, (antes de ser implantadas en diferentes países occidentales), han sido históricamente desarrolladas por diversos grupos (cuáqueros, judíos, chinos) como medio para defender la propia cultura frente a la tradición jurídica anglosajona. Se practicaba según los propios valores de ella. Otra cosa es lo que ocurre cuando se trata de una mediación previa al proceso judicial, en donde el trámite ya no se hace sobre los valores comunes sino bajo las normas jurídicas. “Existía un sustrato social especialmente adecuado, y no sólo por constituir un mercado de más de trescientos millones de personas, sino por ser una sociedad multicultural con costumbres bien diversas y en muchos casos ajenas y métodos de resolución de conflictos



caracterizados como públicos por su amparo jurídico, se tramitan por actores privados bajo el principio de que las partes son propietarias de sus pretensiones y pueden disponer de ellas, dentro de ciertos cauces legales: “Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre circunscrito al tema que me ocupa, hay que empezar por recordar que no se configura como un derecho de libertad, ejercitable, sin más y directamente, a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal”. (Armenta, 2006, p. 48).

Con lo cual, como se hace con la actuación de cualquier operador, la tutela judicial efectiva supone que éste debe obrar de cierto modo y cumpliendo ciertas reglas. El Estado está extendiéndose a través de su actuación, son operadores en Derecho. Dentro de los cauces legales, en condiciones presumiblemente equilibradas en el poder de las partes, no sólo por los escenarios sociales en los que se producen los conflictos de estos actores sino también por la metodología, la voluntad de las partes tiene la centralidad en la toma de decisiones. El consenso de las partes se requiere para que la intervención se establezca y avance y, en el caso de la conciliación (4/5 de los casos registrados en la encuesta de necesidades jurídicas), se requiere para llegar a una decisión.

iv). Ambigüedad para la Justicia comunitaria

(#68) El terreno que cede el Estado en su retroceso es diferenciado. Mientras a los empresarios les entrega facultades claras, con respaldos institucionales y les ofrece la posibilidad de desarrollarse dentro de su lógica de recibir ganancias en su

que conocemos como ADR”. (Armenta, 2006, p. 50).



propio terreno mercantil, a los actores comunitarios les entrega una carga caótica e imprecisa, sin recursos públicos y sin apoyos claros, con claras manifestaciones y reiteraciones de desconfianza frente a su idoneidad y las respectivas limitaciones burocráticas. Así, las reglas que tiene el Estado, mediante las cuales faculta a sus propios agentes para intervenir en las actuaciones de las autoridades comunitarias hace esta actividad compleja, y en ocasiones se presta para que se haga restrictivamente. Los funcionarios oficiales cuentan con tres tipos de directrices diferenciadas: (i) cuando se trata de instancias, procedimientos y reglas propias de las comunidades que el Estado reconoce, no hay la claridad deseable³²². Para las comunidades indígenas hay el soporte constitucional de una jurisdicción, lo cual le (Art. 246), de entrada establece un campo de aplicación protegido, sin embargo en la realidad se permite una intervención crecientemente restrictiva de las facultades por parte de diferentes autoridades, patrocinadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura³²³. Frente a la justicia raizal hay un reconocimiento jurisprudencial de competencias similares a las indígenas mientras que la Khriiss Romaní de la comunidad gitana se dirige al mismo propósito sin que haya la suficiente claridad en uno y otro caso. Diferente es el caso en cuanto a los afrodescendientes ya que sus instancias tradicionales de gestión de conflictos no llegaron a reconocerse

³²²Se trata de medidas que van desde la permisividad administrativa hasta el reconocimiento constitucional de los mecanismos de manejo de conflictos existentes, principalmente en comunidades establecidas. En tales casos, el Estado da vía libre para que los dispositivos de justicia propia de las comunidades actúen sobre sus propios conflictos a través de sus procedimientos y bajo sus criterios de decisión pero se reserva el derecho de intervenir en ellos. Tal intervención se justificaría cuando, a su juicio, los mecanismos desborden los límites que el propio Estado les ha impuesto al “permitirles” actuar, que van desde precisas reglamentaciones hasta márgenes genéricos (V.Gr. “respeto a los derechos fundamentales”, “integridad de la constitución y la ley”, etc.)

³²³ La más grave de estas decisiones fue sin duda la tomada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán cuando condenó en segunda instancia, en septiembre de 2015 al dirigente indígena Feliciano Valencia por los delitos de secuestro y tortura por conductas asociadas de manera directa con decisiones tomadas por la autoridad comunitaria del pueblo Nasa del que hace parte.



sino que se creó una competencia uniforme como amigables componedores dentro del formato organizativo que se impuso para esas comunidades. (Ley 446 de 1998, ley 70 de 1993).

(ii) Mediante ley se le ampliaron las competencias a las Juntas de Acción Comunal en lo atinente a gestión de conflictos en tanto están facultados para mediarlos dentro de su ámbito organizativo. Sin embargo, aún no se ha logrado precisar el alcance de esta disposición ni se cuenta con mecanismos que permitan por selección y continuidad que se conviertan en una herramienta aceptable y actuante en la mayor parte del país. (iii) Se crean figuras nuevas destinadas a actuar dentro de escenarios comunitarios específicos. Los jueces de paz tienen rango constitucional y desarrollo legal mientras que los conciliadores en equidad, tienen desarrollo meramente legal. En una y otra figura hay ambigüedades y notables silencios que las políticas de implementación han interpretado restrictivamente. En contravía frente a la versatilidad que se reclaman en estas figuras. Nunca se ha llegado a precisar cuál es el alcance de cada una de las dos figuras que son muy similares arrojando una gran confusión y muchas veces choque entre ellas.

Desde su creación las dos figuras han tenido, por vía legal y jurisprudencial, limitaciones a sus competencias. Una limitante sobreviniente ha sido la de desconocer su carácter comunitario e intentar, como lo veremos en el siguiente capítulo (#109, #111), someterlos a las lógicas de los operadores jurídicos vinculados a la justicia ordinaria. Con ello se contrae la capacidad que deben tener estos operadores para actuar frente a la complejidad del conflicto (efecto Procusto, #12), se reduce la capacidad de los entornos comunitarios para controlar sus figuras y se desconoce el carácter esencialmente cultural de estos tipos de operadores.

Como correlato, se produce un debilitamiento ante otros operadores que obviamente estrecha su capacidad de responderle a su propia gente. Algo que necesariamente se expresa en que, al tener unos márgenes de competencia legal



similares a los Inspectores y Comisarios, les pone en tensión con ellos porque reclaman su preeminencia o su exclusividad en tanto cuentan con la condición de empleados públicos, aunque en una posición periférica, y actúan en Derecho (del cual se presumen concededores por ser abogados titulados en su mayoría). Los CE y los JP por regla general no tienen condición de juristas ni están vinculados contractualmente con el Estado, y actúan en equidad por mandato legal.

Los jueces de paz y los conciliadores en equidad, siendo las figuras de justicia comunitaria que ofrecen una herramienta de gestión de conflictos a la mayoría de los colombianos, con eficacia ante el sistema jurídico nacional, desde el año 1991 vienen en un proceso de implementación, muy lento y discontinuo y con una inversión anual irrisoria en comparación con otras en el sector justicia. Un cuarto de siglo después, sólo hay CE y JP en la cuarta parte de los mil cien municipios que tiene el país. No se cuenta con un sistema de análisis y seguimiento de su labor. Por tanto, no se han capitalizado sus aciertos con la misma facilidad como se establecen y se recalcan sus fallas³²⁴.

Recientemente ha sobrevenido una tendencia que busca eliminar estas figuras. Los argumentos son débiles pero insistentes: (i) no hay un sistema de información (aunque eso no es una falla de la figura sino de los programas gubernamentales y sus órganos responsables, fácilmente solucionables con unos recursos mínimos) y (ii) no muestran resultados que justifiquen la inversión pública³²⁵. Obviamente esta es sólo

³²⁴Problemas de la justicia indígena mediatizados en programas como “Séptimo Día” el día 26 de julio de 2015 en donde se abordó el manejo de casos como abuso sexual, prostitución y drogadicción en la comunidad indígena Nasa, llegando al punto de indicar que dentro de esta comunidad no existe ley. Ver capítulo en: <http://www.noticiascaracol.com/septimo-dia/abusos-sexuales-prostitucion-drogadiccion-es-suficiente-la-justicia-indigena>.

³²⁵ Mientras que se incrementan los recursos de la administración para las cárceles, para estas figuras los recursos son exiguos. Por ejemplo, durante el segundo gobierno Santos se proyecta incrementar en 12.500 el número de cupos carcelarios, no se proyecta aumentar el número de conciliadores en equidad. Apenas darle acompañamiento al 15% de los municipios que han



una segunda manera de presentar el primer problema. Estas figuras carecen de representación nacional en el Estado ya que usualmente quedan en manos de los procesos locales pero no se ha establecido una clara responsabilidad territorial que se ocupe de dar esa información y su condición gratuita hace que sea imposible exigir información autogenerada sobre la labor que realizan los operadores. Pero independientemente de la realidad y necesidad de superar esa situación, problemas similares pero en una escala mayor, como vimos al comienzo de este capítulo (#62), tiene el sistema judicial en su conjunto y nadie está proponiendo eliminarlos. Al contrario, debiera verse como afortunado que el derecho colombiano, haya abierto una puerta de oportunidad ofreciendo posibilidades claras para que el orden estatal se expanda sobre la base de una administración de justicia que participe en las soluciones de los conflictos que la gente tiene a partir de los contextos sociales locales, sin agredir sus identidades y a un costo en todo caso bastante menor para el Estado y para las comunidades beneficiarias que el de la justicia ordinaria.

C. ¿Se fortalecerá el orden del Estado?

(#69) Por lo dicho abordamos este acápite con el presupuesto de que la orientación que tienen las políticas mediante las cuáles se busca conjurar o superar la crisis en el sistema judicial en realidad se concentran en buscar el fortalecimiento del orden del Estado. Con lo cual, ese foco articula el conjunto de estrategias mediante las

sido objeto del programa, para lo cual destinan unos recursos que equivalen a lo que cuesta sostener 25 cupos carcelarios (el 0,02%). Habría que ver comparativamente qué tan exigentes son los equipos de evaluación y de planeación frente a los resultados de reducción de la criminalidad que tienen las políticas que proponen la ruta carcelaria.



cuáles se busca que el sistema de administración de justicia favorezca los sectores que pueden reclamar garantías ciudadanas reales ante el Estado, ante los otros ciudadanos y frente a los sectores sociales que se encuentran situados en zonas de caos o de orden extraestatal. Entonces, vamos a examinar aquí en qué medida las estrategias que se ponen en marcha para estas dos últimas áreas tienen su foco en el orden estatal y, por tanto, no se dirigen a la satisfacción de sus propios objetivos sino los de los sectores integrados en el primer tipo de áreas. Siendo así, hemos de examinar cuál es el papel que cumple la acción represiva al que parece ir confinándose de manera tendencial las prácticas judiciales.

i). Impacto de los cambios en las distintas áreas

(#70) Esta plétora de transformaciones, si bien parecen homogéneas y muchas veces se recogen en los mismos estatutos³²⁶, tienden a ser muy diferenciadas entre sí. Los mismos vectores que han logrado que el sistema judicial participe en las estructuras de dominación, discriminación y exclusión determinan estas transformaciones o actúan dentro de ellas. Ese juego vectorial se desgrana en proyectos de reforma, figuras y programas que buscan transformar los mapas institucionales para la gestión de los conflictos según se trate o no de áreas de orden estatal. Para ese efecto, aunque las rutas que se generan para la transformación de la justicia son diferenciadas para cada tipo área, de conjunto se busca arrojar las mismas

³²⁶ En Colombia se ha incluido una amplia baraja de transformaciones de estas en la regulación para la descongestión de despachos judiciales, métodos alternativos de solución de conflictos, etc.



resultantes de la sumatoria institucional que hemos podido ver en la historia de la administración de justicia en el país.

Las áreas que hemos llamado de *orden estatal* reclaman que la crisis de la A de J les afecta por la incapacidad que tienen sus instituciones para garantizar la estabilidad y la circulación de los derechos de propiedad (Uprimny, Rodríguez & García, 2006)³²⁷. Como se verá, desde allí se promueve una acotada versión de la seguridad jurídica que limita la eficacia y la eficiencia de la justicia para la reducción de los costos de transacción. Con recursos importantes situados principalmente en la Rama Judicial anidan proyectos dirigidos a mejorar la organización, gerencia y los servicios de administración de justicia. Además, se concentran recursos en el desarrollo institucional de entidades, sobre todo administrativas como las superintendencias, que intervienen en las controversias en un rango menor de la conflictividad pero a nivel nacional. Finalmente, se promueve que estos actores acudan a métodos alternativos de solución de conflictos (ADR) como la conciliación y el arbitraje.

Tabla 5. Políticas de administración de justicia

Escenario	Factor crítico	Problemas	Objetivos reforma	Política
Orden del Estado	Garantía de cierta seguridad jurídica	Altos costos de transacción.	Eficacia justicia	Gerencia judicial Gestión administrativa Masc
Caos	Control de la marginalidad	Inseguridad/delito o Conflictos en escalada	Controlar sectores en caos	Parajudiciales -Masc Persecución delito

³²⁷ Las reformas realizadas a la justicia en tiempos de neoliberalización tienden a la protección de libertades como las referidas a la propiedad privada y a fortalecer el aparataje penal sin tener en cuenta que corresponde a la par realizar reformas que permitan proteger garantías procesales y de acceso a la justicia. (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, p. 117)



Orden no estatal	Subordinación de las comunidades	Instancias propias no obedecen sistema jurídico	Someter autoridad Comunitaria	Debilitamiento de los sistemas propios
------------------	----------------------------------	---	-------------------------------	--

Desde ese mismo ángulo de la sociedad, se ve la crisis como la incapacidad que tiene el sistema de A de J para controlar a los sectores subordinados o marginados, en lo que llamamos áreas de *caos*. Lo cual se genera por dos problemas que desde la lógica del orden estatal son relevantes para la A de J: (i) de un lado, la tendencia a la escalada en los conflictos intracase que se presentan al interior de las áreas de caos y la inseguridad que genera no poder controlar a los actores y; (ii) del otro lado, los conflictos de clase y los hechos delictuales que surgen de ellos. Frente a esa problemática se proponen dos tipos de transformaciones que teóricamente deberían ser complementarias. En primer lugar, programas encaminados a incrementar la capacidad represiva sobre esos actores, al tiempo que, en segundo lugar, se desarrollan estrategias que procuran la gestión de conflictos sobre todo a través de agentes administrativos del nivel nacional o de los territorios.

En las zonas de *orden no estatal*, a los funcionarios suele desbordarlos la responsabilidad de hacer una oferta consistente de A de J al actuar como parte de estrategias en las que domina el interés de sustituir los órdenes imperantes por el del Estado. De allí que lo que articula y concentra los recursos en la actuación estatal es el combate frontal por parte de las diferentes agencias del Estado a las instancias y los procedimientos que allí imperan. En lo que tiene que ver con los sistemas normativos y las autoridades de los pueblos indígenas y otras comunidades³²⁸, que cuentan con respaldo legal del Estado colombiano. Si bien no es tan fácil saltarse la propia reglamentación estatal, suelen movilizarse dispositivos institucionales y mediáticos

³²⁸ Para los primeros hay consideración mayor, derivada del sustento constitucional, mientras que las otras tienen sustentos jurídicos menos fuertes.



que les socavan la autonomía y les debilitan culturalmente. Vamos a mostrar más adelante, en este mismo capítulo, que la política que tiende a imponerse en todos los casos busca el debilitamiento de los sistemas propios mediante la imposición de reglas estatales a sus actuaciones y a sus instancias o, incluso, mediante la anulación de las actuaciones de sus autoridades.

Con lo cual, en general, las transformaciones en la A de J parecieran orientarse a renovar y hacer más efectivos los mecanismos de exclusión y desigualdad que a producir salidas a sus problemas estructurales y menos a impactar sobre el conjunto de factores que determinan las falencias que tiene el sistema judicial como bastión de la democracia. Si hubiera una perspectiva democratizante, factiblemente la administración de justicia se transformaría de manera rotunda produciendo un desarrollo institucional que se dedique a la expansión de la protección de los intereses de las personas situadas en las áreas de caos. Si esa perspectiva democratizante se inscribe en un propósito de inclusión de sectores excluidos o discriminados, lo conducente sería empezar por la inclusión de las metodologías y, también, de las instancias que las comunidades han desarrollado, muchas veces con éxito, para construir su convivencia en realidades frente a las que el Estado no ha respondido.

Hemos ilustrado en el segundo capítulo (#54) como no sólo las comunidades indígenas o afrodescendientes, sino muchas otras han desarrollado instituciones que les han permitido construir un orden a su interior, han desarrollado estructuras normativas más o menos complejas mediante las cuales regulan sus relaciones sociales y garantizan su propia convivencia (Borrero, 2014). En lugar de empoderarlas mediante su reconocimiento y de apoyarlas mediante recursos técnicos y de fuerza, la actitud que toman frente a ellas las entidades estatales suele ser de desconocimiento cuando no de persecución. Herinaldi Gómez (2000) ilustra el problema para el caso de las comunidades indígenas pero es claramente el mismo que tienen otras comunidades que cuentan con su ordenamiento por fuera de las estructuras estatales:



“La incapacidad del Estado colombiano para regular los conflictos en la sociedad nacional, y la limitada presencia e interés en atender los conflictos dentro de los territorios étnicos ha sido factor primordial para que incluso algunos cabildos de la región andina se hayan visto abocados a la contradictoria razón de delegar la solución de algunos conflictos con grupos o con personas no indígenas, y a veces entre sujetos étnicos, en manos de la guerrilla, lo que de hecho desdibuja, debilita y deslegitima el sentido de la jurisdicción indígena y/o de sus sentidos culturales jurídicos” (Gómez, H., 1999, p. 306).

En cuanto a la población indígena no debiera haber ninguna duda acerca del papel que corresponde a los agentes del Estado: hay una jurisdicción con jerarquía constitucional que ampara sus estructuras de A de J. Pero en cuanto a las otras comunidades debiera tenerse en cuenta también consideraciones de oportunidad y de pertinencia para decidir cómo actuar frente a los mecanismos de que disponen para administrar justicia. Hemos visto que existen probadas instancias comunitarias que entregan a la comunidad herramientas eficaces y legítimas de administración de justicia entre afrodescendientes, comunidades de paz y otras comunidades campesinas.

Si las comunidades cuentan con mecanismos de gestión de sus controversias, la intervención del Estado debiera dirigirse a que al menos no se deteriore su convivencia y el amparo de los integrantes de esas comunidades. Sin embargo, este propósito está muy lejos de convertirse en realidad. La presencia territorial del Estado suele verse por las comunidades y por los propios funcionarios como fuente de deterioro para la regulación de los conflictos. Ello ocurre porque el Estado articula su accionar alrededor de la presencia del aparato armado (ejército, policía) quedando muy atrás el amparo de los derechos. La A de J que se ofrece llega con los formatos rígidos del Estado sin consideración de las particularidades territoriales, culturales y socioeconómicas.

Entonces, sucede que las entidades estatales lleguen a estar presentes en el territorio pero con alcances mínimos (generalmente limitados a una parte de la



población urbana) y mediante formatos rígidos de instituciones que no les interesa contextualizarse y posibilitar que las realidades particulares las apropien. Por tanto no están dispuestos a leer las realidades locales y menos a contemporizar con instancias que se menosprecian como atrasadas o se estigmatizan como proyecciones de los actores armados. En consecuencia, muchas veces lo que se logra es un sentimiento generalizado de desamparo que hace que la población añore el orden extraestatal, aunque estuviera soportado en los aparatos irregulares de fuerza³²⁹ muchas veces arbitrarios y opresivos.

En síntesis, las reformas se deben pensar en una combinación que reconozca medidas diferenciadas en los diferentes tipos de áreas. Aunque el conjunto de transformaciones necesarias se formule como la retracción del Estado de amplias zonas de la conflictividad para concentrar sus recursos de burocracia y de fuerza en la conflictividad que es prioritaria en la construcción de un Estado democrático, viable y sostenible (Vallespín, 2000; Voight, 1998; Santos, 1991; Bonafe-Schmitt, 1991) habría de esperarse un conjunto de reformas que posibiliten la transformación diferenciada en cada uno de los contextos existentes en nuestro territorio nacional. Tales reformas, al considerar la evaluación hecha de lo que significa la crisis, debería encontrar los

³²⁹ En Tumaco, por dar un ejemplo, encontramos la convergencia de dos grupos étnicos, los afrotumaqueños y los indígenas Awá, teniendo 12 consejos comunitarios y 6 resguardos indígenas en total. dichas comunidades están ubicadas en área rural principalmente. La oferta de justicia para el municipio es variada pero congestionada, y limitada (costos, distancias, barreras culturales, imperancia de lo escrito, etc.) en la parte rural donde están las autoridades étnicas mencionadas. Se reconoce por las autoridades un manejo mayoritario de conflictos tales como riñas entre vecinos, enfrentamientos entre actores armados, disputas de territorio donde actores armados están involucrados, reclutamiento de jóvenes por la guerrilla, robos, entre otros. La presencia de actores armados en el municipio ha sido una problemática difícil de encarar, pues mientras el Estado considera que el acceso a la justicia se materializa con la presencia de operadores en las cabeceras, los cuestionamientos acerca del papel de autoridades étnicas y su relación con la comunidad rural hacen que se presente la necesidad de articulación entre Estado y las instancias de regulación propia para sustituir la regulación de actores armados, logrando legalidad y validez nacional en la administración de justicia en los municipios con poca o nula presencia estatal. El Caso de la Macarena es muestra de la posibilidad de articulación entre autoridades.



siguientes acentos en: (i) las áreas de *orden estatal* las políticas tenderían a fortalecer los Masc (Adr) en una amplia gama de conflictos, incluidos los procesos ejecutivos, que ocupan dos tercios de la atención de los juzgados. Con ello, el estado se liberaría de una parte de la litigiosidad, como vía útil para elevar la eficacia en la gestión de los conflictos que le sigue correspondiendo gestionar. Correlativamente se puede instrumentar la justicia comunitaria en conflictos complejos y continuos penetrando en ámbitos a los que el estado no puede llegar a través de la estructura judicial o sus sucedáneos.

A la larga, mediante estas políticas se enfrentaría el problema del desfase creciente entre la conflictividad jurídica y la capacidad de respuesta del aparato judicial. (i) Frente a las áreas de control estatal, con la JC se lograría afrontar el menoscabo de la ciudadanía, que surge al no poderse ofrecer amparo judicial efectivo a un creciente volumen de derechos. (ii) Frente a las áreas de *caos*, complementariamente a políticas de integración social, política y cultural que trascienden la administración de justicia, las políticas deberían dirigirse a la promoción de mecanismos de justicia comunitaria que posibiliten un acceso³³⁰ físico y económico satisfactorio y culturalmente armónico para los conflictos intraclase³³¹. Al mismo tiempo que, en la mayoría de los casos de delito se puede buscar eficacia de mecanismos de JC y de control social a través del refuerzo de los vínculos sociales que, mediante tales mecanismos se pueden generar. El AJ podría dedicarse a cumplir

³³⁰ Si bien las iniciativas estatales aquí pueden ser vistas dentro de las políticas de acceso a la justicia, son sustancialmente diferentes de las políticas de acceso que se implementaron entre los sesenta y los setenta en que los mecanismos de manejo de conflictos a los que ahora se ofrece el acceso son orgánica –por estar fuera del aparato- o sustancialmente –por la oferta que hacen y por las garantías que ofrecen- diferentes del judicial.

³³¹ Bajo ninguna circunstancia la justicia comunitaria puede ser la justicia de segunda, descalificada y desempoderada que hasta ahora ha predominado. No puede aceptarse la denominación crítica que suele hacerse como una “justicia de segunda” o una “justicia para pobres”.



su deuda histórica con las políticas distributivas con lo cual participarían en la tarea de integración social que se reclama para estos sectores³³² de manera similar a como se viene dando para la gestión de conflictos de género³³³. Sobre este conjunto de políticas puede desmontarse la carrera carcelaria que de manera creciente absorbe los recursos públicos. (iii) En cuanto a las áreas de orden *no estatal*, la política debiera dirigirse a articular los respectivos sistemas de autoridad con el SJ nacional, empoderándolos y generando mecanismos de diálogo de saberes y aprendizaje mutuo en cambio de las tendencias destructivas de las instituciones propias que parece que avanzan cada vez más.

ii) ¿En qué se queda el Estado: Reprimir o proteger?

(#71) Sin embargo, podemos ver que las políticas no responden a estas necesidades y están direccionadas de manera muy diferente. De un lado, porque el repliegue del Estado parece tender a concentrarse en el afán de imponer la supremacía del Estado y su ordenamiento jurídico principalmente mediante el uso de la fuerza a favor de las prioridades del desarrollo capitalista. Del otro, porque la diversificación de actores en la gestión de los conflictos parece tender a la privatización de la justicia, en la medida en que los espacios cedidos por el Estado van siendo ocupados por los actores empresariales y se va socavando el aporte, la

³³²Lo cual no puede limitarse a ofrecerles un conjunto de medidas que llegan apenas hasta una representación legal gratuita. Esas medidas han mostrado que no se traducen en la redistribución buscada porque no logran remontar las ventajas frente a los poderes fácticos. Está claro que deben impulsarse medios para fortalecer directamente a los actores a través de redes y el establecimiento de las mismas como litigantes frecuentes.

³³³ Son notables, aunque aún muy limitados, los esfuerzos que se hacen para empoderar a las mujeres ante la administración de justicia.



incidencia y, aún, el número de las instancias comunitarias. El Estado se concentra en garantizar su orden dando cierta seguridad al capitalismo, mientras se va generando de conjunto una privatización de la justicia en la medida en que el sector privado puede hacer el despliegue pleno de los recursos. Es en ese sentido que asumimos la pregunta de este apartado: teóricamente el elemento coactivo de la intervención estatal es simplemente la contracara del amparo que el Estado hace de los derechos. De tal modo que no existiría la disyuntiva entre reprimir y proteger sino la lógica de que la acción del estado es al mismo tiempo coacción para unos y para otros, amparo. Pero esta pregunta se responde diferente cuando se trata de sectores poblacionales situados por fuera de las áreas de orden en donde el Estado sólo tendería a reprimir mientras que la protección se va quedando reducida a lo que buenamente el sector privado puede ofrecer a través del juego del mercado.

Nuestro Estado se desnuda cada vez más en su tarea de imponer orden en todo el territorio. Para ello, en cuanto a la administración de justicia, desarrolla diferentes políticas dirigidas a someter a las áreas de *caos* y las áreas de *orden no estatal* (#61, #64, #66). Frente a ellas se desarrollan sin mayores diferencias para unas áreas u otras, dos tipos de políticas que en lo fundamental reiteran el modelo judicial imperatorio adjudicatorio (#23, #28), en dos modalidades: unas dirigidas a someterlas por la vía de la persecución y sanción penal, que llamaremos *represivas* y las demás dirigidas a *otras formas de protección* de derechos que no acuden a los instrumentos caracterizadamente penales. Consecuentemente, llamamos represivos los recursos de la justicia que se orientan a la persecución o al castigo del delito, mientras que los que se dedican a otras modalidades de intervención de las entidades de justicia, las llamamos *otras formas de protección* de derechos. Nuestra tesis es que al predominar de manera apabullante la primera modalidad, el sistema judicial sigue siendo principalmente una herramienta de sometimiento y subordinación de los sectores marginados y excluidos. Lo cual sustenta las lógicas de seguridad defensiva que subordinan el judicial al imperio del orden legal estatal. Y es precisamente esta



idea de la crisis de la A de J la que más hace carrera en un escenario en el que las dinámicas de exclusión social, política y económica se combinan con discursos y políticas que atan la seguridad pública a la A de J y ésta a la represión. Es así como, los mayores esfuerzos de reorganización del SJ y los más ingentes recursos se orientan hacia la persecución del delito. En los siguientes datos del presupuesto nacional actualmente en ejecución lo podemos visualizar³³⁴:

Tabla 6. Recursos Financieros del sector Justicia. Presupuesto general de la Nación, 2015 (Millones de pesos)

	Entidad	Presupuesto 2015
Rama Judicial	Consejo superior de la judicatura	3'328.808
Fiscalía	Fiscalía General de la Nación (FGN)	2'821.897
Medicina legal	Instituto de Medicina Legal (IML)	192.629
Gobierno nacional	Ministerio de Justicia y del Derecho (MJD)	87.266
	Instituto Nacional Penitenciario (INPEC)	917.348
	Unidad de Servicios Penitenciarios (USPEC)	779.180
Defensoría	Defensoría del Pueblo (DP)	424.721
Total represivo	FGN, IML, INPEC, USPEC	4'711.054
Otras protección de derechos	MJD, DP	511.987
Represivo sobre otras de protección	General	9,2

³³⁴ Estos datos recogen la información de las autoridades específicamente orientadas al sistema judicial y no dan el panorama completo de la administración de justicia, simplemente busca ser indicativo de la orientación que tienen los recursos. Hay entidades del orden nacional que cuentan con programas de protección de derechos, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la Unidad de Tierras, mediante los cuáles promueven intereses jurídicos específicos en procesos judiciales. También se cuenta oficinas que atienden reclamaciones particulares de los respectivos sectores en las superintendencias. En los municipios, el personero promueve pretensiones jurídicas y las autoridades locales de policía deciden asuntos familiares o vecinales. Por su parte, en lo relacionado con lo represivo, hay entidades de mucho poder y peso presupuestal que tienen funciones para-penales como son las potestades disciplinarias de Contralor y Procurador.



Gobierno nacional	En el gobierno: Prisiones sobre MJD	19
-------------------	-------------------------------------	----

Fuente: Presupuesto general de la Nación 2015. Cálculos del autor.

En la parte represiva situamos los recursos que tiene a disposición la Fiscalía General de la Nación, a través de sus diferentes dependencias, así como los de Medicina Legal, dado que están destinados fundamentalmente a la aportación de pruebas científicas en las investigaciones penales. Aquí, obviamente, es necesario sumar recursos de entidades del gobierno que se ocupan de la ejecución de las penas (el Instituto Nacional Penitenciario) y de su infraestructura (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios). Mientras que, del otro lado, incluimos en otras líneas de protección de derechos la totalidad del Ministerio de Justicia, no obstante que buena parte de las labores del Ministerio se relacionan también con la vía represiva, por ejemplo en cuanto a estupefacientes. También se considera en esta parte la Defensoría del Pueblo que tiene una amplia misión en cuanto a la efectividad de los derechos humanos. Aun cuando para muchos colombianos su única presencia es a través de la defensoría pública en los procesos penales (que se ubicarían en la otra orilla). Pero como ni en el caso del Ministerio ni en la Defensoría tenemos el desglose suficiente, los situaremos en la línea no represiva³³⁵ a fin de lograr una aproximación que nos permita sustentar el análisis.

La lectura de este cuadro nos arroja los siguientes elementos: (i) Por cada peso que el Estado se gasta en acciones encaminadas a la protección procesal de derechos, se gasta más de nueve en la vía represiva. Haciéndose más honda la brecha cuando se tienen cuenta solo los recursos del gobierno nacional que se gasta más de 19 veces en represión que en la protección de derechos por otras vías. (ii) la Fiscalía cuenta con recursos para perseguir los delitos más de seis veces que la defensoría para promover la protección de los derechos, si bien en la mayoría de los casos lo que hace es acudir a

³³⁵ Los recursos de la Rama Judicial que reúnen la totalidad de los gastos de juzgados, tribunales y funcionarios de los mismos, tampoco se desglosan.



la propia vía penal, con lo cual, sus recursos apalancan la vía represiva³³⁶. (iii) Los recursos destinados a la represión de los delitos son 42% mayores que los de toda la Rama Judicial, aunque ésta obviamente incluye a Magistrados, Jueces y otros funcionarios en lo Penal. Con lo cual, debe decirse que la A de J en Colombia está claramente orientada a la represión del delito y, desde tal óptica, se ve su crisis como un déficit en la oferta de seguridad y, en consecuencia, en la persecución y sanción de los hechos delictivos. Por eso sus indicadores, si bien irrisorios, se dirigen a establecer sus alcances y sus logros en el número de personas capturadas, condenadas y sancionadas.

Estos datos muestran como los recursos públicos se priorizan para la represión y lo que termina siendo más crítico es que por esta vía, a pesar del esfuerzo, no se logra imponer el orden estatal. Precisamente, el mayor énfasis en las reformas y en las políticas judiciales suele ser el del campo penal y penitenciario, pero no es el único. Entre los rubros presupuestales que denominamos *otras formas de protección* hemos de contar estrategias de inclusión que, con el rótulo de acceso a la justicia, ofrecen acciones, mecanismos e instancias para que tales sectores gestionen los conflictos que tengan entre sí, o, materialicen garantías establecidas en las leyes, cuando el orden estatal los procesa. Con pocas diferencias, las mismas iniciativas de acceso a la justicia que se proponen para las áreas de caos, también se postulan para áreas de orden no estatal sin hacer las distinciones necesarias.

Como lo expusimos en el capítulo segundo, en las áreas de orden no estatal, sea legal (territorios indígenas),), extralegal (comunidades de paz)) o ilegal (por actores armados), se encuentran sistemas más o menos eficientes de gestión de controversias

³³⁶En cuanto a los procesados, entre otras cosas porque la “defensa” en muchos casos se limita a solicitar las rebajas por la colaboración con la Fiscalía que los defensores públicos proponen a sus representados. De modo que de manera más o menos inmediata participan de la tarea represiva. En relación con los derechos de las víctimas la labor es mucho menor.



para los conflictos internos. De modo que, aunque pueden recibirse muy bien para conflictos externos y para el acceso a servicios del Estado (documento de identidad, sistema de salud, subsidios a víctimas) allí la presencia de tales ofertas, más que significar acceso a la justicia, el esfuerzo parece orientarse a lograr la presencia territorial del Estado y de su orden y no necesariamente mecanismos de gestión de los conflictos que se presentan entre los actores locales. La oferta del sistema judicial no encuentra la acogida que se necesitaría porque, para esos efectos, posiblemente se sigue contando con ofertas de gestión de conflictos que no sólo pueden ser eficientes y eficaces sino que pueden tener aceptabilidad social. Vamos a ver cómo, en estos casos, la oferta de acceso a la justicia se hace presente muchas veces a desgano de la comunidad y sin llegar a establecerse plenamente en el territorio.

RECAPITULANDO

Más que hablar de crisis hay que hablar de deficiencia estructural. Lo que tenemos es una tendencia a la creciente incapacidad del sistema judicial para regular los conflictos en Colombia. Hay diferentes maneras de ver la crisis desde las áreas. En cuanto a la crisis son diferentes las concepciones y las acciones que se tienen según se la entienda. En orden estatal, se habla de crisis en lo relacionado con el manejo adecuado de los conflictos entre los sectores que ostentan plenamente la condición de ciudadanos y someten a sus reglas a quienes permanecen excluidos. En las áreas de caos los problemas se identifican con la falta de inclusión social, el trámite de conflictos en escalada, la falta de acceso a la justicia y a los derechos. En el orden no estatal, la crisis tiene que ver con la falta de capacidad para coordinar, articular y respaldar instituciones comunitarias que son las que efectivamente actúan donde no



llegaría otro tipo de instancia. Sin embargo los problemas de las áreas de caos y de orden extraestatal generalmente se desconocen u omiten en las políticas que enfrentan la crisis. La tendencia que se impone es la de reprimir a estos sectores quedando en un lugar muy secundario las estrategias de inclusión y de acceso.

Si bien ha habido esfuerzos muy importantes que se encaminan en la dirección contraria, tienen una sumatoria en la que la tendencia dominante es a que el sistema judicial funcione con eficiencia y eficacia como instrumento manipulable por las élites políticas nacionales y regionales. Y es precisamente allí donde radica la más importante causa de ilegitimidad del SJ. La población no rechaza a los jueces porque los considere deshonestos sino porque siente que no es una herramienta al servicio de los débiles sino para incrementar la desigualdad, ineficiencia, impunidad: no logra dar amparo a los derechos. El sistema no cuenta con mecanismos eficaces para ocuparse de los derechos de los “débiles”. Algo que no cambia con la manera como se transforma la intervención estatal. Se amplía el número de entidades que gestionan los conflictos, en muchos se tornan en instancias consensuales o incorporan esos mecanismos de decisión interpartes (muchas veces en menoscabo de las garantías procesales en tanto el operador no se despoja como portador de la fuerza cuando está desarrollando una labor conciliatoria). En el caso de que sea practicada por los operadores judiciales ordinarios, la conciliación por regla no empodera a la parte débil sino que termina siendo un espacio de disuasión para no seguir adelante en un procedimiento que le anuncia un resultado negativo esperable.

El Estado viene cediendo espacios de A de J a actores empresariales o comunitarios dado que a través de los hechos estos vienen ocupando espacios abandonados por aquel. Pero también porque el Estado desarrolla mecanismos formales en su beneficio –mediante su creación o reconocimiento- de lo que puede haberse creado sin su concurso. En tales casos, la centralidad del Estado se garantiza a través de la clasificación de los asuntos: algunos se tramitan con el despliegue de la fuerza y la burocracia mientras que otros se tienden a manejar mediante la



persuasión. El escenario es propicio para la expansión de la empresa privada en la gestión de conflictos en los que son parte o como terceros relevantes ante las partes directas. Mientras tanto los actores de justicia comunitaria deben tratar de crecer y florecer en muy difíciles condiciones, sin respaldo institucional y con restricciones para su sostenibilidad. Además, a éstos se les tiende a poner en posición desfavorable ante los operadores jurídicos al sacarlos de su lugar como autoridades de la comunidad.

Las políticas que enfrentan la crisis judicial se articulan alrededor del propósito de fortalecer las áreas donde impera el orden estatal a costa de los intereses de los sectores que se encuentran en las otras áreas, aún a costa de llevar el caos a las zonas de orden extraestatal e imponerlo mediante la represión a los actores que no están incluidos en el “contrato social”. Siendo así, la justicia no se orienta a reducir los factores de inclusión de los sectores marginalizados sino a incrementar su sometimiento al orden. En lo que tiene que ver con las instituciones que han desarrollado las comunidades para regular sus conflictos las tendencias predominantes apuntan a desconocer su aporte y se interesan más por su socavamiento o destrucción que en construir respuestas institucionales al menos tan efectivas para ellos como las que les ofrecen las instancias extralegales. Con lo cual, lo que se hace es una apuesta muy costosa desde el punto de vista social (por incremento de factores de exclusión), económico (por costos de seguridad ciudadana) y político (por generación de factores de tensión e inconformidad). Siendo así, la actuación del Estado ha venido incrementando de manera exponencial los costos de la justicia represiva en desmedro de las otras opciones que venimos analizando a lo largo de este trabajo. Sin embargo, el impacto por parte del aparato represivo sobre el volumen general de los conflictos caracterizados como penales apenas alcanza a ser observable.



Universidad
Carlos III de Madrid

Por el contrario, lo que hemos podido sustentar es que desde las políticas de fortalecimiento de la JC se pueden ofrecer respuestas favorables a los sectores sociales que se sitúan en cualquiera de las tres áreas



II. La justicia mestiza y los derroteros coloniales

(#72) Eduardo Galeano evoca que el sombrero borsalino, que hoy identifica a muchas de las mujeres indígenas andinas, fue importado por los poderes coloniales españoles e impuesto para ser utilizado como señal discriminatoria. Gracias a lo cual los “dueños” podrían controlar a los indios y sobre todo a las indias y al mismo tiempo mantener distancia frente a ellos. Pero precisamente esa distancia era mutua y ellos lo resignificaron, le dieron su lugar en su vestimenta y le pusieron sus propios adornos. Gracias a lo cual, hoy esa prenda es tan indígena como cada una de las piezas de su atuendo tradicional: “Podrá andar descalzo el indio boliviano, hombre o mujer, niño o niña; pero sin sombrero, no. El sombrero prolonga la cabeza que protege; y cuando el alma se cae, el sombrero la recoge del suelo.” (Galeano, 1995, p. 172). Lo mismo puede ocurrir con las instituciones. Lo que se ha establecido para excluir, al dejar de tener la injerencia inmediata de los tensores coloniales o postcoloniales puede haber logrado convertirse en una respuesta a sus necesidades y ser tan auténtico y seguramente más propio y pertinente como lo más ancestral y más adecuado y eficiente.

Mientras tanto, la ideología que por siglos ha dominado en las calles, en los tribunales, en las facultades de Derecho y en la literatura jurídica sostiene que la humanidad ha alcanzado el modelo máximo en el sistema judicial para la gestión de la conflictividad. El paradigma de A de J que subyace a la judicatura, los regímenes



procesales y los tribunales de los países occidentales es visto como lo más acabado. Aún más, si le reconocen problemas, no son considerados propios del modelo mismo. Muchos de los problemas que vimos en el primer capítulo, que están ligados estructuralmente al propio sistema, y los que hemos visto en la primera sección de este para un contexto como el colombiano, son catalogados como elementos de una crisis que, se supone, será superada.

Contrasta esa mirada benigna sobre el SJ occidental con la valoración drástica que se hace a cada situación o aspecto a criticar en sistemas no occidentales o en sus figuras específicas de gestión de conflictos, como ocurre con las experiencias de justicia comunitaria, por ejemplo la indígena. Sólo se aceptan las recetas occidentales para todos los casos. Frente a los problemas que se plantean sean de calidad en las decisiones, de impacto sobre la conflictividad, de acceso, de eficiencia, de legitimidad, sean del sistema judicial occidental o no, sólo se aceptan variaciones del SJ. Para los problemas de la justicia occidental la ideología sólo ha aceptado soluciones occidentales; para los problemas de la justicia no occidental, la ideología sólo ha aceptado soluciones occidentales.

Las estructuras de poder dominantes en el campo del derecho y la A de J suelen ser activistas incondicionales de esa ideología. Siendo así, los diferentes actores estatales y sociales, académicos y operadores tienden a movilizarse en contra de cualquier modalidad de la A de J que no orbite en el sistema judicial occidental. No obstante, durante los cinco largos siglos de esta historia, se pueden identificar instituciones que han germinado y medrado en contextos sobre los que el judicial ejerce una fuerza mínima o posiblemente nula de gravitación. Por ejemplo entre los indígenas se siguió dando un hervidero institucional del que no se suele hacer justicia en el mundo académico (Guerra Curvelo, 2002, pp. 49 y ss.). Figuras tan reconocidas y apreciadas para la A de J como el palabrero Wayuu, surge entre los siglos XVII y XVIII como recurso institucional para tramitar las disputas territoriales que se dieron en medio de la reorganización comunitaria que fue necesaria en tanto los pueblos



asentados en la zona fueron estableciendo la ganadería como actividad económica principal. Las figuras edificadas para administrar justicia en los quilombos, los palenques y otros pueblos de cimarrones o libertos tienen formas de las que empiezan a dar cuenta. La población mestiza pobre también acopió y desarrolló sus propios sistemas para tramitar las controversias que se les presentaban en medio de la marginalidad que también sufrían, aunque estuvieran un poco más integrados. Llamamos justicia mestiza a ese variado conjunto de instituciones que se produce determinado predominantemente por vectores locales en el fenómeno histórico continental de confluencia cultural de los componentes indígena, europeo y africano. Se caracterizan porque su configuración, transformación y control se produce desde los propios espacios locales, aun cuando se haya partido de un modelo importado de Europa o de otro horizonte cultural.

En esta sección vamos a ocuparnos de entender cómo este entramado ideológico que atrapa los análisis, castra la creatividad, amputa las dinámicas institucionales surgidas de la diversidad de experiencias y reduce las opciones de respuesta desde los formatos admisibles para preguntar. Con ese fin, vamos a empezar mostrando en el primer acápite, como pueden hallarse excelentes posibilidades por fuera de las recetas, a propósito de experiencias como las de los jueces de paz o las rondas surgidas en las sierras, las costas o las llanuras peruanas. En el segundo apartado nos ocupamos de entender los dispositivos ideológicos que nos cierran no sólo la posibilidad de construir una solución auténtica a nuestros problemas de A de J sino que incluso nos impiden entenderlo en su propio contexto. En la tercera parte de este capítulo tratamos de entender a esta ideología como propia del colonialismo y penetraremos en su estructura. Para, al cerrar la sección, identificar los problemas que tales hallazgos generan en nuestra A de J.



A. Justicia mestiza: señales de vida y resiliencia.

(#73) Sobre sus propias matrices históricas se han desarrollado, en sus entornos, diversos procesos institucionales mediante los cuales se han logrado tramitar las controversias y construir de condiciones adecuadas de convivencia pacífica de diversos sectores que han estado en las márgenes o por fuera del alcance del orden estatal. Algunos de ellos han tenido algún diseño institucional europeo, implantado colonialmente, como los JP o los cabildos indígenas. Empero, tales figuras han experimentado un proceso de apropiación cultural gracias a que han podido moldearlos a la realidad de sus conflictos y adecuarlos a sus propias pulsiones culturales. Otras figuras como las rondas campesinas en el mismo país Inca, la red de Rodeo Chico en Bolivia, la Justicia comunitaria de Guerrero en México, el Tribunal Interétnico del Tolima o el Palabrero Wayúu en Colombia, han surgido dentro de las propias dinámicas sociales y culturales con diseños que se fueron moldeando desde las dinámicas de poder local y las normas sociales de cada escenario. Tales figuras han prosperado gracias a la creatividad y sabiduría popular beneficiadas por cierto aislamiento institucional que se deriva del poco interés que han tenido en ellos las estructuras de poder nacional o transnacional, sustentadas ideológicamente en el racismo y el eurocentrismo . La resultante ha sido una realidad muy favorable en cuanto a la A de J. Se trata de figuras que impactan de manera eficaz sobre la conflictividad, que las comunidades perciben potencialmente adecuadas para responder a las necesidades, a sus intereses y al bienestar colectivo. Dada su versatilidad pueden actuar con eficiencia combinando metodologías diferenciadas.



i). Jueces de paz en Perú

(#74) Al terminar el segundo milenio, los jueces de paz llegaron a constituirse en la figura nacional de A de J con mayores niveles de legitimidad, aceptación y reconocimiento en todo el Perú. Década a década, mientras el sistema judicial se hundía en una situación cada vez más crítica, juiciosos estudios mostraron como los jueces legos, frecuentemente objeto de burla entre abogados y jueces letrados, se habían constituido en la parte más apreciada por la sociedad entre todos los actores que gestionan conflictos. Mientras los juristas creen que los JP son ignorantes y carecen de los conocimientos técnicos que son necesarios para gestionar conflictos, un extenso trabajo de campo muestra como la sociedad peruana tiene una percepción contraria. Se le reconoce como una justicia confiable, mucho más legítima, más justa, más eficiente y más eficaz (Pásara, 1988; Brandt, 1987 y 1990; Chirinois, 1990). Hans-Jürgen Brandt demuestra que la realidad es que los JP constituyen una institución sustancialmente diferente de la que encarnan los jueces que él llama profesionales en varios sentidos: el abordaje del conflicto, la instancia y los procedimientos.

El juez de paz aborda un conflicto en sus diferentes dimensiones jurídicas o extrajurídicas sin distinguir áreas del derecho, a fin de resolverlo hasta donde las partes lo requieran. La intervención busca restablecer las relaciones interpersonales de manera coherente con las lógicas, los valores y las normas de la comunidad: “La población exige que sus conflictos sean resueltos tomando en cuenta sus valores culturales, y su cosmovisión, es decir, según su propia realidad y no leyes que les son extrañas y provienen de una realidad urbano-moderna” (Brandt, 2003). Se espera que la intervención que haga un juez de paz en un conflicto sea para transformarlo de fondo, independientemente de los linderos definidos por las denominaciones legales. Resulta ilustrativo el tema de la separación de convivientes, descrito por Wilfredo



Ardito: Una de las partes puede solicitar la separación o concurrir en busca de que la justicia de paz establezca la “soltería” de quienes fueron pareja estable pero sin matrimonio (Ardito, 2010, p. 110). Otro tipo de asuntos en el que este autor muestra que los límites legales no delimitan la actuación de los operadores es en lo relacionado con lo sobrenatural propio de las cosmovisiones de las sociedades amazónicas (gracias a lo cual la intervención de los JP salva muchas vidas). Allí una muerte repentina o un desastre en medio de un conflicto pueden atribuirse a una suerte de conjuro de la contraparte. Frente a lo cual se requiere de una actuación que restablezca la convivencia entre los actores de cara a la comunidad en su conjunto (pp. 117 y ss.). En este caso como en todos los asuntos, no sólo las partes, que generalmente participan de consenso en las decisiones, sino todo el conjunto social interpelado, sienten que se hizo justicia.

La operación de justicia se ocupa de las personas implicadas, de sus sentimientos y sus necesidades reales para determinar cómo han de ser los comportamientos futuros. Al operador se exige un desempeño para que los conflictos tengan un tratamiento que desarrolle la convivencia en la comunidad³³⁷. En principio las partes no son adversarias. Cuando ha habido un acto dañino por parte de alguien de la comunidad se busca influir en su resocialización y rehabilitación. Cuando se trata de alguien ajeno, se procura intimidarlo. Por tanto las decisiones dedican espacio a establecer como deben ser las relaciones entre las partes y su entorno para que haya paz comunal. En cuanto a la instancia, lo principal es que el operador se ve a sí mismo “y es percibido más como una autoridad comunal que como una autoridad judicial” (Brandt, 1990, p. 379) es reconocido como alguien de la propia comunidad³³⁸.

³³⁷El propio Ardito muestra (2010, p. 110) como en asuntos de homicidio que jurídicamente van a las autoridades penales, tienen un tratamiento comunitario también, a fin de evitar que los hechos de violencia continúen y procurar que se restablezcan los vínculos sociales rotos.

³³⁸ Luis Pásara da cuenta de un Juez de Paz que siguió ejerciendo sin contratiempos por dos



El juez de paz tiene reconocimiento por su interés en la paz y en la convivencia pero todos lo ven como un igual respecto de las partes. Con lo cual, más allá de la confianza que suelen tenerle, las personas saben que cuentan con medios para controlarlo e impedirle que actúe arbitrariamente. Aunque hay algunos operadores que son juristas y, rara vez, las partes concurren con un abogado, en general el debate es extrajurídico por lo cual todas las personas se sienten en el mismo nivel para argumentar y tienen claridad de como se está procediendo y decidiendo. Entre las partes y el juez se suele partir de un ambiente de confianza e informalidad por haber conocimiento mutuo previo a la gestión del caso entre el juez y las partes, el trámite suele realizarse en la propia casa del juez. Así la formalidad aparece únicamente al final con la elaboración de un documento que se denomina el Acta. Por todo ello, el juez de paz es quien representa la justicia accesible: habla el mismo idioma, comparte la cultura, vive cerca, es de confianza para las partes y su servicio no es costoso.

En cuanto a los procedimientos, el juez de paz gestiona que las partes se despojen de cualquier combatividad y no se vean como adversarios. Para lo cual procura establecer una comunicación directa y asertiva que combina la negociación entre las partes con la persuasión por parte del operador. Brandt concluye que:

“la mayoría de los conflictos interpersonales son el revestimiento legal de un interés no previsto en las normas. Al presentarlos ante un juez, el objetivo no es lograr un tratamiento jurídico de cada aspecto de conflicto sino una solución global, el restablecimiento de la armonía de las partes. Si el juez de paz se limitara estrictamente a sus facultades legales y se negase a actuar, por ejemplo, enviando a los litigantes a una instancia superior, las partes fácilmente pensarían que el juez ‘no sirve’ (1990, p. 379).

periodos enteros sin la designación respectiva. Sin que el juez de instancia, su nominador, se enterara.



De modo que la disposición para atender cualquier conflicto³³⁹ de manera cooperativa con las partes, en busca de una solución integral confluye con el procedimiento consensual para lograr los altos niveles de satisfacción que generan.

Legalmente, la figura parte de los jueces de paz y capitulares establecidos en la época colonial y adoptan un formato legal asimilable al que desarrollaron los JP en diferentes regímenes jurídicos europeos. Sin embargo, en la práctica, en la zona andina peruana evoluciona de manera muy diferente y hoy la figura es sustancialmente distinta de tales instancias y de las que tienen el mismo nombre en otros países de América. Wilfredo Ardito muestra como la figura se fue reconfigurando de una década a otra y evolucionó al ritmo que lo fueron haciendo las comunidades y sus estructuras de poder a las cuales se asoció. Por varias décadas, el propio hacendado (2010, p. 152) se encargaba de las funciones de juez de paz, entre todos los poderes de que disponía. Sin embargo, poco a poco las comunidades fueron saliendo de la esfera hacendaria hasta que la reforma agraria, y la correlativa reforma a la figura, hacia 1970, consolidó a los jueces de paz con el carácter de comunal que hoy ostenta. Por esa misma época, la figura logró implantarse con niveles similares de éxito en otras zonas del territorio nacional de ese país.

Hoy el juez de paz no sólo hace presencia en el Perú. Desde las primeras décadas se encuentran operadores de esta categoría en la zona costera y en el último cuarto de siglo se han consolidado en la zona amazónica, tan diferenciada cultural y socialmente de las otras zonas del país, y también se ha establecido exitosamente en diferentes zonas urbanas (Ardito, 2010, pp. 154 y ss.). Consideramos que en buena medida han sido el racismo y las condiciones de marginalidad socioeconómica y política de la población lo que ha inhibido que las lógicas del SJ se impongan y, como correlato, hayan sido las necesidades y las energías locales, sobre matrices culturales

³³⁹Brandt muestra que en los juzgados de paz estudiados, apenas un 3% de los casos dejaron de atenderse por remisión o por razones de competencia.



propias las que han permitido que la figura haya prosperado. Los JP han sido vistos por el sistema judicial como jueces de “cholos” (más o menos mestizados) que atienden asuntos de gente sin importancia y por tanto se dejaban en un nivel de prioridad en la que la actuación del Estado centralizado era de muy poca monta. Por tanto, con la designación de los operadores, las autoridades judiciales prácticamente agotaban su esfuerzo de cara a la Justicia de Paz³⁴⁰. Los jueces, nombrados para zonas alejadas de las prioridades del Estado, de donde son oriundos, carecían casi absolutamente de respaldo de la rama jurisdiccional y de la fuerza pública. De modo que su capacidad de actuar con pertinencia y efectividad dependía de su legitimidad en la comunidad y su posicionamiento como autoridad en ella. La fuerza del Estado ha permanecido demasiado lejos. Sus actuaciones sólo serían viables y sostenibles en tanto gozaran de armonía con las normas culturales y fueran producto del consenso. La legitimidad del derecho nacional es apropiada para vestir las actuaciones a través de actas y sentencias que el juzgado de paz profiere.

ii). Rondas campesinas

(#75) Diversos autores se detienen en otra experiencia relevante de justicia comunitaria en la sociedad peruana (Escobar, 2000; Regalado, 2008; Yrigoyen, 1999 & 2010; Ardito, 2010). En un contexto también popular donde no hay vínculo entre la gestión que se hace de los conflictos y sin tradiciones indígenas que tengan influencia directa (Ardito, 2010, p. 138), más por una decisión consciente de administrar justicia

³⁴⁰Pásara insiste en que los operadores judiciales son conscientes y eluden que los jueces de paz actúan sobre asuntos que no son de su competencia legal e incurren en violación de sus normas específicas como la prohibición de cobrar por sus servicios. Los jueces letrados expresan, con cierto paternalismo (agregamos) que los jueces de paz quizás ni saben que lo que hacen es ilegal (Pásara, 1988, pp. 220-221).



por fuera de la que ofrece el aparato estatal. Surgió precisamente de la desconfianza que se había desarrollado entre la población frente a la justicia ordinaria y empezó por desarrollar dispositivos de investigación y juzgamiento frente al problema de abigeato que se había generalizado y en el que con alguna frecuencia había evidencias también contra agentes del Estado por acción u omisión. Una vez establecida la responsabilidad de los actores se les aplicaba sanciones de reparación a las víctimas y a la comunidad. Pronto la comunidad empezó a acudir a las Rondas por una creciente gama de conflictos, en la medida que se empezó a conocer la manera como se decidía (con un criterio de restablecimiento de la convivencia y la reparación), el alto valor del consenso comunitario en los procedimientos (la asamblea toma las decisiones más importantes) y la eficacia en sus decisiones. De modo que la Ronda se ha convertido en el epicentro del manejo que tiene la comunidad en sus diferente dimensiones: (Gitlitz, 2003).

“La Ronda cumple función de creación de normas y resolución de conflictos (funciones ‘legislativas’ y ‘jurisdiccionales’) así como aplica la sanción o medidas respectivas. En la asamblea de la Ronda se definen las controversias y resuelve todo caso, consulta o disputa que se presente ante ella. Ante la asamblea también se proponen los trabajos comunales y aspectos importantes de la organización de la vida colectiva y administración del gobierno comunal (funciones ‘ejecutivas’)”. (Yrigoyen, 1999, p. 227).

Por ello mismo, las Rondas son vistas por los propios como una herramienta de empoderamiento porque, gracias a ellas, las personas tienen la posibilidad de ser escuchadas y participar en las decisiones que afectan su comunidad, sean ellas de carácter local o nacional. La justicia rondera busca de manera esencial la reconciliación. De modo que el mayor esfuerzo que se hace es en busca de que se asuman las responsabilidades y se hagan las reparaciones debidas, no solamente entre las partes sino también con la comunidad. Aunque ha sido criticada por el uso que hacen de la fuerza física tanto en la forma de castigos físicos pero sobre todo presionando al victimario para que asuma su responsabilidad por los efectos causados



por sus actos cuando se trata de asuntos categorizados como penales (Gitlitz, 2003) que, en todo caso, son la minoría de los conflictos que tratan (Ardito, 2010, p. 141).

iii). Cabildos indígenas administrando justicia

(#76) Al igual que la de figura de los jueces, el cabildo también fue una institución colonial que buscó sobreponerse a las instituciones propias de los pueblos existentes en el territorio, como una herramienta de homogenización y de control. Tras siglos de aluvión cultural, hoy constituyen para muchos pueblos indígenas del continente el vértice de una estructura sincrética de autoridades desde los cuales reivindican sus derechos ancestrales, promueven un proyecto incluyente y sostenible de nación, resisten al capitalismo y al postcolonialismo. El formato ibérico, se ha transformado gracias a las dinámicas locales. Obviamente, lo mismo que los JP, en manos de los comuneros, los cabildos llegaron a ser algo muy diferente de lo que se buscaba cuando se les implantó. Cobraron un sentido particular en tanto se convirtieron en herramienta para atender las necesidades, en la medida en que sus propios saberes contribuyeron a redefinirla y a enriquecerla y cuando fueron los vectores locales los que le imprimieron su direccionamiento.

Ximena Pachón muestra cómo, en el caso de la comunidad Nasa, los formalismos y los reglamentos legales, conviven con los rituales y los procedimientos que corresponden a las tradiciones de la comunidad. Por ejemplo en la elección y posesión de los integrantes: “Son elegidos democráticamente todos los años, tomando los cabildantes posesión formal ante el alcalde municipal y su secretario, de quienes reciben las “varas de mando”. Esta es una ceremonia puramente formal ya que ha sido en las altas lagunas sagradas que se esconden en los páramos, donde se llevan a cabo las ceremonias que legitiman el poder de los cabildantes” (Pachón, X., 1996, p. 128). Gracias a lo cual han logrado que tales instituciones les den soluciones. Como figura de



A de J, además de que suele coexistir con figuras tradicionales de gobierno³⁴¹ y se asocian con las autoridades más representativas de la cultura³⁴². El Cabildo ha tenido desarrollos particulares según la cultura de cada uno de los pueblos en donde opera pero con dos características que tienden a coincidir en todos los casos, gracias a lo cual cuenta con altos niveles de legitimidad: (i) el cabildo subordina sus decisiones al sistema de valores, normas y procedimientos de la comunidad; (ii) la A de J que se hace es altamente restaurativa, factiblemente por el hecho de que el Cabildo es también autoridad administrativa que tiene que ocuparse tanto de la suerte de los sancionados como de sus familias y el conjunto de la comunidad.

iv). El papel del Estado

(#77) Aunque para algunas figuras como las tres que hemos reseñado, Jueces de paz, Rondas Campesinas o Cabildos Indígenas, exista algún programa oficial, por regla general, estos operadores reciben un apoyo irrisorio del aparato estatal. Como hemos venido exponiendo, la gestión de los conflictos de los sectores que atienden estas figuras tiende a tener una mínima respuesta por parte de las instituciones estatales formales. En principio, es excepcional que se cuente con la acción oportuna y eficaz de un operador judicial o de algún otro funcionario del aparato estatal cuando se trata de conflictos que se presentan por fuera de las áreas de orden del Estado. Por

³⁴¹Por ejemplo en el pueblo Nasa o Páez existe el cargo hereditario de Capitán o Cacique que hunde sus raíces en las antiguas estructuras políticas. (Pachón, X., 1996, p. 129).

³⁴²Así mismo podemos ver en esta comunidad nortecaucana como “Para que un Cabildo nuevo y su máxima autoridad, el gobernador, estén en capacidad de dirigir la política del resguardo de acuerdo con los principios políticos de la tradición páez se acostumbra acudir donde los médicos tradicionales, chamanes o ‘Te’wala’ para la realización del complejo ceremonial...” (Pachón, X., 1996, p. 129)



lo mismo, los operadores no llaman la atención de los funcionarios estatales por regla general ni tampoco se invierte en ellos. Por ejemplo, en 1999, el 51% de los jueces seguía “ejerciendo la A de J en su propia Casa” (Brandt, 2003, p. 113). Al contrario hay una percepción de que lo que se gaste en justicia con estos sectores sociales puede ser dinero malgastado.

Y así, pese a que la mayor parte de los esfuerzos para cubrir estas áreas recaen en la propia comunidad, y muchas veces en la propia persona del operador, en el Estado suele haber, como una espada de Damocles, sobre su cabeza alguna disposición lista a ponerse en acción en contra de quien se haya expuesto al asumir la tarea de gestionar los conflictos desde los entornos comunitarios. Precisamente, porque la lógica de imposición del orden estatal en las áreas de caos y de orden extraestatal es la única que pareciera ser plenamente viable entre el funcionariado. Y esa lógica puede ponerse en acción a través de diferentes métodos y actitudes de parte de los operadores jurídicos estatales. Ardito (2010, pp. 267-285) analiza esa relación asimétrica señalando que lo que predomina es una actitud eurocéntrica de parte de los operadores que se “autodenominan occidentales” a pesar de su origen campesino o indígena por su lugar en el Estado o por haber pisado una facultad de Derecho. Para lo cual, sin fundamento fáctico o teórico, sustentan que sus estudios legales los hacen más idóneos para manejar conflictos en cualquier contexto cultural peruano. Porque tales diferencias no deberían ser consideradas por el Derecho estatal. Que si hay barreras de acceso a la justicia ese no es un asunto a considerar porque la ley debe ser vista uniformemente aunque no coincida con la realidad.

Al asumir que los JP son indispensables en la realidad peruana actual, según expone Ardito, muchos operadores ordinarios consideran que se requiere un proceso civilizatorio para superar la situación que los hace necesarios. “Esta tendencia tiene una fuerte carga de racismo, pese a que a veces los propios involucrados no suelen ser conscientes de ello” (p. 268) en la que el argumento legal simplemente se usa para sustentar que las instituciones son instituciones atrasadas, cuando no ilegales. Por



tanto, se oponen a que personas que administran justicia no tengan formación jurídica, que atiendan asuntos inexistentes en el derecho estatal (como la brujería o la convivencia marital) o que tomen decisiones con criterios extrajurídicos. Por tanto, en criterio de los funcionarios, esa situación debería ser transformada hasta el punto en el que el país pueda prescindir de los JP. Mientras tanto se trataría de reducir el riesgo de que hagan daño por una A de J inidónea (p. 271). Para lo cual combinan diferentes métodos que, en su sentir se orientarían a paliar ese “riesgo”.

Ardito (2010, p. 271 y ss.) sistematiza los métodos mediante los cuales los funcionarios afectan la labor de los JP con el argumento de que se trata de prevenir los riesgos de una justicia no profesional. (i) Promover la designación de abogados como JP, con lo cual, como es esperable, tiende a producirse un cambio de sentido en la operación de justicia. Brandt (2003, p. 106) muestra como en las zonas donde hay letrados se ha reducido el número de conciliaciones y se ha triplicado el número de fallos. Además, que hay serios indicios de que la calidad de la intervención en los conflictos se ha reducido (p. 104). (ii) La reducción de las competencias, por vía legal o de interpretación judicial, de los JP, según Ardito, es otro de los métodos que se usan para reducir la capacidad de atención de conflictos de los jueces de paz: “Muchos magistrados y fiscales han sostenido que los JP no son competentes para atender casos de faltas, violencia familiar y alimentos, a pesar que existen normas que taxativamente les otorgan dicha competencia” (p. 273).

(iii) Nuestro autor es categórico en señalar como otra forma de menoscabo del aporte de los JP, es la educación formalista que no se ocupa de su contexto, ni de sus saberes, ni de sus resortes culturales. Por el contrario, se dedican a subrayar las limitaciones que aparecen en la ley o que presentan sus intérpretes, muchas de ellas de la cosecha del propio expositor que en muchos casos es un operador de justicia ordinario. Con lo cual, más que fortalecer al operador, lo que hacen esas capacitaciones es debilitarlo, generarle inseguridad para trabajar y castran su capacidad para dar respuesta a la comunidad por temor a que sus actuaciones puedan



ser la base de una sanción:: “Les entregan códigos y normas, les explican los procedimientos legales, aunque sean totalmente ajenos a la realidad rural y enfatizan siempre que si los JP cometen errores pueden ser sancionados o inclusive denunciados por prevaricato (...) ellos sí pueden sentir un fuerte temor a que alguna persona descontenta con sus decisiones pueda interponer sus quejas y sienten mucha inseguridad por la posibilidad de no poder resolver conforme a las leyes.” (p. 275), Los programas los “capacitan” jurídicamente (léase, los intimidan para castrar su capacidad de respuesta a los problemas de la gente con la que trabajan). (iv) Complementariamente está la posibilidad de que el juez sea sometido a un procedimiento sancionatorio y eventualmente castigado por la prestación de sus servicios. De modo que, en cualquier momento nuestros operadores pueden ser requeridos en procesos disciplinarios o penales por parte o ante operadores jurídicos que generalmente se hallarán inermes por su menor capital jurídico ante el Derecho estatal., lo que hace que se desmoralicen y en muchos casos, en que la gente necesita de sus servicios, los jueces se abstienen de intervenir y direccionen hacia operadores ordinarios frente a los cuales, por las razones expuestas, se reduce la posibilidad de que las personas encuentren una salida.

B. Rumbos de reforma: ¿llegamos a la base del arco iris?

(#78) Mientras los JP y otras figuras comunitarias, con legitimidad, ofrecen respuestas de alta eficacia, trabajando día a día en los espacios en los que se les requiere y se les reconoce, hasta donde se lo permiten los operadores ordinarios, en las antípodas, los ingenieros institucionales, insisten en trazar sobre los papeles y los pixeles, las últimas importaciones de Europa o Estados Unidos. García Márquez se



queja de que en Colombia no son las vías las que pasan por los pueblos sino los pueblos los que deben perseguirlas para subsistir³⁴³. Esa lógica se siente en los discursos y en los proyectos institucionales. Podemos ver que la lógica de exclusión, marginación y discriminación imperante, en últimas, en algo ha obrado a favor de los excluidos y los discriminados y que precisamente esa lógica los ha puesto a salvo y les ha permitido construir una institucionalidad que, con todos los problemas que han de tener, con sus conocimientos y sus propios recursos, las han hecho funcionar y les sirven a sus intereses. ¿Qué impide que los demás tengamos un beneficio similar? ¿Por qué no se estudian y se fortalecen estas figuras que muestran su efectividad y su sentido? ¿Por qué no se analiza la posibilidad de implementarlas en contextos similares social y culturalmente, en vez de imponer figuras originadas en contextos completamente diferentes?

La respuesta a estos interrogantes podremos encontrarla en la genealogía de la mayoría de las reformas legales y en las políticas públicas de A de J que se han intentado poner en marcha a lo largo del continente y en particular en Colombia. De manera muy simplificada, la ruta suele ser bastante parecida a la siguiente: (i) Diagnóstico: se identifica y se debate un problema a resolver que suele ser la proyección y objetivación de categorías de análisis construidas en un enfoque de teorías surgidos para realidades europeas o norteamericanas. O sea que el problema que se encuentra en el estudio no puede ser otro que el que se estaba buscando y la conclusión que se hace simplemente recoge información que fortalece y precisa la argumentación necesaria para poner en marcha la solución que previsiblemente habría sido la implementada, con algunas variaciones, en los países de origen; (ii)

³⁴³"[...] Pasa por un sitio donde ya se está formando un pueblo, a tres kilómetros de la verdadera población de Cértegui, en cuya gallera se jugó hace veinte años una libra de platino, y hoy es una polvorienta aldea retirada al margen de la carretera. Al revés de lo que ha ocurrido siempre, en el Chocó son los pueblos los que tienen que pasar forzosamente por las carreteras y no las carreteras por los pueblos." (García Márquez, 1995, p. 220)



pronóstico: desde los mismos enfoques eurocéntricos se analizan, las soluciones implementadas para la misma problemática en los países centrales y se sustenta la pertinencia de la reforma o de la política pública que se está proponiendo; (iii) implementación: se pone en marcha alguna de esas soluciones o una mezcla de ellas, con algún elemento adjetivo que le pone un toque nacional, identificando en el camino que se requieren nuevos ajustes para favorecer que el modelo que se está tomando logre resolver el problema. Por tal ruta han transitado reformas tan importantes como la estructura descomunal de la Fiscalía General de la Nación y el sistema penal acusatorio, la administración de la rama por un Consejo Nacional de la misma, los métodos alternativos de gestión de conflictos³⁴⁴, la privatización de las cárceles, etc.³⁴⁵

Las políticas y las reformas para la A de J pasan, para ser aprobadas e implementadas, por lo que llamaremos el test de modernización. Es decir, se parte de la base de que el problema que se tiene, cualquiera que sea, se inscribe en uno mayor: estar atrasados. Entonces, un proyecto, para que sea aceptable debe demostrar que su fin es la introducción de elementos concebidos en los países considerados modernos y "avanzados". Por ello es que en organización político-jurídica se encuentra en capas institucionales similares a estratos geológicos derivados de España, Inglaterra y Estados Unidos, en coincidencia con la potencia que ha ido ocupando el centro

³⁴⁴En esta punto, llama la atención el hecho contundente de que en 2001 se habían establecido más de 11.000 conciliadores y casi 500 centros de conciliación en el Perú, sobre la base de una ley (26872), hecha con un formato idéntico al colombiano y el de otros países de América Latina, donde sólo se estima la conciliación de los jueces letrados y la de los conciliadores que se creaban. Los jueces de paz, esa realidad apabullante y muy legítima de conciliación, sólo mereció una mención en toda la ley, como subsidiario al juez letrado, en ciertos casos.

³⁴⁵ Así como la relación que tenemos los colombianos con la normatividad y el Derecho, nuestro sistema de administración de justicia sigue marcado por las lógicas coloniales. ¿Qué hacemos con los problemas de administración de justicia?? La respuesta parece simple: "miremos que están haciendo los países avanzados, desarrollados y hagamos lo mismo". Muchas veces ni siquiera nos ocupamos de evaluar cómo funciona en el país que nos importa una figura. Nos traemos el zinc sin siquiera mirar qué tan bien funciona de donde lo traemos. Menos nos ocupamos de mirar cómo funcionaría donde lo vamos implantar.



alrededor del cual gravita nuestro ordenamiento jurídico y político. Con lo cual se descartan tres opciones que ideológicamente tienden a rechazarse: (i) retomar una experiencia o una solución anteriormente desechada por una reforma pretérita; (ii) reconocer, visibilizar y apropiar para otros sectores, los desarrollos alcanzados por sectores populares (como los indígenas)) y sin el concurso de la academia jurídica global; (iii) intentar apropiar metodologías e instancias que han sido desarrolladas en otros países también periféricos o semi-periféricos. Cualquiera de estas opciones se rechaza sin requerir de un análisis exhaustivo porque se las sitúa en el pasado. Tomar una ruta de esas simplemente se cataloga de retroceso, de involución. Se presupone que no sirve para ser modernos, es el palmiche y queremos el zinc. No importa que se trate de soluciones muchas veces probadas o, al menos, acordes con el contexto.

El camino a recorrer se ve muy simple: los problemas se resuelven progresando, progresar es modernizarse y modernizarse es parecerse al país central. Cuanto más nos parezcamos, más habremos progresado y más habremos resuelto nuestros problemas. Pero no fijamos un punto preciso de llegada, sino que la misma ideología define que el punto se mueve cuando nos acercamos, como la base del arco iris. Entonces vamos a donde sencillamente es imposible llegar. En consecuencia, en todos los casos habrá el argumento de la necesidad de modernizarse -para implementar una figura, una ley, una reforma, una política emanada del centro mundial- con lo cual, en el fondo, los objetivos asociados con la solución de nuestros problemas se sustituyen con la necesidad de hacer la importación (es decir, modernizarse) y la transformación de nuestra A de J en un conjunto institucional adecuado a nuestras necesidades se habrá diferido de nuevo mientras nuestros esfuerzos se concentran en “implantar” el futuro recién importado hasta que sea necesario remplazarlo sin que haya logrado lo que se prometió con este.

Por lo mismo, cualquier intervención parte del presupuesto de que nuestro sistema judicial se encuentra atrasado y los análisis que la preceden sólo conducen a verificar y a profundizar en algún aspecto de ese fundamento. Entonces, siendo que el



aparato jurisdiccional se declara ineficiente e ineficaz para sostener la integridad del orden estatal y, por esa vía, garantizar la seguridad y los demás derechos dentro del territorio, lo que se le exige es que se modernice, o sea que se traiga la solución que se está implementando en la metrópoli. Determinada la solución, entonces se hace un diagnóstico que justifique y acote la solución seleccionada previamente, para pasar a implementarla (implantarla, suele decirse sin reatos). Como naturalmente ocurre, las cosas no suelen salir como lo imaginaron sus impulsores al comienzo y aparece la consabida excusa: es necesario tener en cuenta otros atrasos, que habrá que enfrentar cíclicamente, indefinidamente. De modo que cuando *Sísifo* parece invencible, aparece otra receta recién importada y el ciclo reinicia: nos volvemos al comienzo de la cuesta y volvemos a intentar subir.

De esa ruta no parece que se aparten nuestros colegas del prestigioso y ampliamente seguido por nosotros, grupo de Dejusticia en Colombia. Al evaluar benignamente una institución traída de fuera, no dudan en señalar que el problema no estaba en la figura advenediza sino en el atraso de nuestro contexto: "pero quienes importaron esas instituciones lo hicieron con premura, forzados por la necesidad de construir una nación a partir de las ruinas del imperio colonial, y bajo el supuesto de que podían ahorrarse el proceso de maduración contextual que esas instituciones tuvieron en los países de origen." (García & Espinoza, 2013, p. 18). No se contempla la hipótesis de que la institución sea impertinente, inconveniente o innecesaria. ¿Tenemos que madurar el contexto para que funcionen esas instituciones o sería preferible que construyéramos instituciones adecuadas a nuestra "inmadurez"?³⁴⁶

³⁴⁶ El llamado a hacer nuestra propia búsqueda institucional es compartido por autores muy influyentes entre nuestros intelectuales como Alejandro Portes, aunque no dejan de transmitir esa idea de que hay sólo un camino. No se plantea que tenemos otra realidad y, de pronto necesitamos otra propuesta: "El resultado práctico más tangible del advenimiento del institucionalismo en el campo del desarrollo económico es el intento de trasplantar las formas institucionales del Occidente desarrollado, especialmente de Estados Unidos, al mundo menos desarrollado" (Portes, 2006, p. 26).



Ese, a grandes rasgos ha sido el proceso transitado en figuras como el CSJ, el sistema penal acusatorio, la fiscalía general de la nación, la institucionalización de los métodos alternativos de solución de conflictos, la penalización de muchos conflictos, la Defensoría del Pueblo³⁴⁷. Tantos esfuerzos y tantos costos, tantas iniciativas no logran, lo vimos en el anterior apartado, solucionar los problemas de la A de J por el contrario, los problemas de nuestra A de J han ido creciendo con el paso de las décadas. Aún más, tampoco logran "sacarnos del atraso", que es su propósito último. Pero no puede ser de otro modo, lo máximo que podríamos lograr con una institución es establecerla a su imagen cuando ya está en el pasado de ellos. Simplemente porque el arcoíris se aleja cuando caminamos hacia él.

(#79) A pesar de que hace doscientos años nos constituimos en Estado independiente, en nuestro desarrollo institucional seguimos actuando como colonia. Ello, por supuesto no tiene que ver con el hecho de contar con una herencia que nos emparenta con las instituciones jurídicas de la Europa Continental. Estados Unidos y Australia tienen la suya con Inglaterra pero no puede predicarse que sus instituciones sigan marcadas por las relaciones coloniales. Los problemas de nuestro SJ en alta medida se derivan de que la atención de los procesos de transformación están más atados a los intereses y a los dictados de las potencias que nos dominan que a las necesidades y las potencialidades que emergen de nuestra propia realidad. ¿Cómo se ha dado ese círculo de dependencia? ¿Por qué no salimos de él? Las respuestas se enmarcan en lo que hemos llamado la *identidad imposible* (#39) que obra en nosotros como los tapaojos que ponen a los caballos. Esa identidad imposible nos cataloga mitómanamente a nosotros como integrantes del mundo occidental y a nuestras

³⁴⁷ Muchas de estas figuras han sido implementadas con el modelo estadounidense al frente. Sólo que no hemos hecho el debido análisis y el debate necesario sobre sí lo que queremos es ser un país con los más altos niveles de pobreza y desigualdad para un país central, similares a los de un país de la periferia capitalista en el tercer mundo y con el uno por ciento de la gente presa.



instituciones judiciales como parte del modelo político jurídico moderno, pero no nos reconoce condiciones para hacer parte de aquello ni de esto. Inconscientemente nos sometemos a esa posición inalcanzable, en la periferia cultural del universo cultural europeo, porque nuestra identidad está fragmentada en las estructuras fractales del poder colonial (# 34). En todas las escalas de esas estructuras los poderes se cimientan sobre las mismas relaciones sociales racistas y postulados eurocéntricos. Sólo que hay una única dirección en la producción del poder para todos los niveles fractales. Se produce desde el centro del poder mundial. Los poderes situados en las otras escalas son subalternos en lo económico, en el político y en lo cultural. La comunidad de intereses raciales favorece la asociación entre los diferentes niveles fractales, pero la centralidad del poder determina lo que es periférico. Lo cual se reproducirá mediante diferentes aparatos ideológicos del eurocentrismo³⁴⁸(Quijano, 2000, p. 236). Es desde esa lógica que se establecen las instituciones estatales, académicas, religiosas, comerciales, etc., a las cuales estamos sometidos.

Nuestra historia independiente no ha tenido el impulso para que nuestras instituciones dejen de ser coloniales. Del centro de poder mundial seguimos esperando los modelos a aplicar, los discursos para justificar y evaluar, la fuente de nuestra identidad, la manera de llamar las cosas y hasta de hablar de ellas.

“Así, pues, aunque el colonialismo precede a la colonialidad, la colonialidad sobrevive al colonialismo. La misma se mantiene viva en manuales de

³⁴⁸ La colonialidad del poder ofrece a estas élites la posibilidad de ser socios por razones raciales, pero les da condición de socios menores, por ser periféricos: “La dependencia de los capitalistas señoriales de esos países tenía en consecuencia una fuente inescapable: la colonialidad de su poder los llevaba a percibir sus intereses sociales como iguales a los de los otros blancos dominantes, en Europa y en Estados Unidos. Esa misma colonialidad del poder les impedía, sin embargo, desarrollar realmente sus intereses sociales en la misma dirección que los de sus pares europeos, esto es, convertir capital comercial (beneficio producido lo mismo en la esclavitud, en la servidumbre, o en la reciprocidad) en capital industrial, puesto que eso implicaba liberar indios siervos y esclavos negros y convertirlos en trabajadores asalariados” (Quijano, 2000, p. 235).



aprendizaje, en el criterio para el buen trabajo académico, en la cultura, el sentido común, en la auto-imagen de los pueblos, en las aspiraciones de los sujetos, y en tantos otros aspectos de nuestra experiencia moderna. En un sentido, respiramos la colonialidad en la modernidad cotidianamente". (Maldonado, 2007, p. 131)

El poder colonial por regla general no ha podido ser remontado. El racismo subyacente, declarado políticamente incorrecto, y el eurocentrismo se esconden detrás de un andamiaje argumental cuyas bases por regla general se originan en los mismos centros del poder mundial. De modo que para descalificar o desconocer nuestras construcciones institucionales sólo aparecen planteamientos que se presentan como neutros sobre lo moderno, lo civilizado, lo democrático, el progreso que no por casualidad sus ejemplos materiales están situados en las metrópolis occidentales. Es precisamente desde allá que se juzga y se condena lo que puede contestarle o divergir de los modelos, las figuras y los discursos producidos en nuestras construcciones institucionales. En todos estos casos, las dinámicas de poder nacional y transnacional se han aliado para recomponer el poder colonial y han sido exitosos en la mayor parte de los casos³⁴⁹.

Nunca ha estado ausente el discurso racista franco en los escenarios vulgares y entre ciertos políticos. Basta ver los epítetos que animalizan no sólo a sus líderes como Chávez y Morales sino, sobre todo, a los sectores movilizados (indígenas, negros, etc.). Aunque es mucho más sutil y eficaz ese andamiaje ideológico que con presupuestos occidentales, con bases pretendidamente científicas, campea, evalúa, denosta o desconoce los proyectos institucionales que se intentan implementar en franca ruptura con los modelos eurocéntricos, como puede verse en los debates actuales sobre proyectos como los que se vienen implementando en nuestra región:

³⁴⁹ Esta es una perspectiva que no puede estar ausente al analizar la manera como se evalúan procesos como las revoluciones mexicana o boliviana, cubana o nicaragüense, la luchas por transformar el Estado en Venezuela, Ecuador o Bolivia que han intentado cambiar esa tendencia de manera frontal.



Estado plurinacional, justicia originaria, tribunal plurinacional, etc. En el caso de América Latina el colonialismo logró minar o destruir hasta las más sólidas y consistentes estructuras sociales, políticas y culturales y, tras ello, los saberes intelectuales, en muchos aspectos más elaborados de lo que disponía el mundo europeo, fueron defenestrados como conocimientos válidos³⁵⁰. Paralelamente, al etnocidio que ha significado la modernidad en nuestra región, también ha habido un epistemicidio (Santos, 2000) sostenido en el tiempo. Aunque los saberes que surgen desde la resistencia y por la emancipación, y sus portadores, siguen brotando a lo largo de los siglos en los que se le ha estado persiguiendo desde las estructuras monoculturales del conocimiento eurocéntrico.

Obviamente el eurocentrismo tiene su correlato en nuestras estructuras institucionales y en cánones intelectuales situados en nuestro territorio que controlan que nuestros pasos vayan siempre hacia el arco iris. Nuestro sistema judicial fue traído e impuesto como un modelo europeo que se resiste a ser apropiado. En lugar de buscar contextualizarse política, social y culturalmente, o sea, transformarse según la realidad en la que pretende operar. De modo que el contexto y las prácticas institucionales van por un lado mientras que los códigos y los discursos jurídicos van por otro. Y ello ocurre porque el eurocentrismo está inscrito dentro del juego de poder mundial³⁵¹. Hemos visto como el SJ llegó con las lógicas del poder transoceánico

³⁵⁰Ardito (2010, p. 268) denuncia esta tendencia en el ámbito del Derecho y de la administración de justicia de su país: “Esta tendencia refleja una visión etnocéntrica sobre la realidad peruana, por la cual el sector denominado occidental se considera a sí mismo como modelo. Las diferencias culturales existentes en el Perú no son un elemento que el Derecho deba tomar en cuenta y, en todo caso, se trata de diferencias que deberán ser superadas en un proceso de civilización. Esta tendencia tiene una fuerte carga de racismo pese a que veces los propios involucrados no suelen ser conscientes de ello”.

³⁵¹ “En primer término, el actual patrón de poder mundial es el primero efectivamente global de la historia conocida. En varios sentidos específicos. *Uno*, es el primero donde en cada uno de los ámbitos de la existencia social están articuladas todas las formas históricamente conocidas de control de las relaciones sociales correspondientes, configurando en cada área una sola estructura con relaciones sistemáticas entre sus componentes y del mismo modo en



para mutar en las del colonialismo interno³⁵², como la reconfiguración contemporánea del poder planetario, dentro del cual el bloque de poderes racistas y clasistas tienden a poner las disposiciones legales al servicio de sus intereses a través de un aparato judicial que nunca ha alcanzado los niveles de independencia, de reconocimiento y de legitimidad que sí ha experimentado en los países centrales. Precisamente porque la cultura jurídica generalizada, según la cual, cada quien que puede usar la ley en propio beneficio tiende a favorecer a quien tiene más capacidad de manipularla por conocimiento o posición en las estructuras de poder. Hay enormes diferencias entre nuestra realidad, como Estado periférico, y la realidad jurídico-judicial de los países centrales.

Pero la ideología eurocéntrica nos hace desconocer que el arco iris es un espectro y que para entenderlo, y quizás apropiarlo, debemos reconocer las condiciones particulares en las que se ve y se muestra. Y precisamente no suele verse que la realidad del sistema judicial en los propios países que nos proyectan su

su conjunto. *Dos*, es el primero donde cada una de esas estructuras de cada ámbito de existencia social, está bajo la hegemonía de una institución producida dentro del proceso de formación y desarrollo de este mismo patrón de poder. Así, en el control del trabajo, de sus recursos y de sus productos, está la empresa capitalista; en el control del sexo, de sus recursos y productos, la familia burguesa; en el control de la autoridad, sus recursos y productos, el Estado-nación; en el control de la intersubjetividad, el eurocentrismo. *Tres*, cada una de esas instituciones existe en relaciones de interdependencia con cada una de las otras. Por lo cual el patrón de poder está configurado como un sistema. *Cuatro*, en fin, este patrón de poder mundial es el primero que cubre a la totalidad de la población del planeta.”(Quijano, 2000, p. 214)

³⁵²“En esas condiciones, fenómenos como el colonialismo operan en sus formas internacionales clásicas; en las intra-nacionales que aparecen con el surgimiento de los Estados Nación que han hecho objeto de conquista a pueblos vecinos —como Inglaterra hizo con Irlanda, o como España hizo con el País Vasco—, o que viniendo de una historia colonial tras las guerras de Independencia mantienen con las antiguas poblaciones nativas las mismas o parecidas relaciones de explotación de los antiguos colonizadores. Y a ellas se añaden hoy las empresas transnacionales y las regiones transnacionales controladas por la nueva organización expansiva del complejo militar-empresarial de Estados Unidos y asociados internos y externos.” (González P., 2003, p. 22)



paradigma suele ser bien diferente en cuanto a la garantía de los derechos, a la gestión de los conflictos y a la eficacia, de la que vemos en el espectro. En este trabajo hemos visto que en esos países en alta medida el SJ ha funcionado durante la modernidad gracias a que las estructuras normativas de los otros espacios estructurales son armónicas y complementarias con las del espacio ciudadano. De modo que los niveles de consenso de los que goza el derecho estatal reducen de manera importante la necesidad del uso de la fuerza.

Sin embargo, aun en esos países hay una gran diferencia entre lo que promete el sistema judicial y lo que da realmente. En primer lugar porque la oferta de seguridad jurídica se limita a ciertos temas y en escalas precisas en los que tiene sentido confrontar intereses con la categoría de derechos. Está claro que la normatividad estatal ha tendido a lograr organizar las relaciones competitivas de mercado. No tiene el mismo impacto en lo que tiene que ver con los derechos que otorga el Estado en cuanto ellos se refieren por ejemplo a los espacios doméstico o productivo. Allí el AJ tiene considerablemente menor eficacia para resolver la mayoría de los conflictos. En realidad en ellos predominan las normas y la institucionalidad propia de tales espacios siendo las del espacio ciudadano un sucedáneo a las que se acude con desgano y a sabiendas de que no se encontrará lo mejor. Empezando porque deforma los intereses. Lo que se decide es lo que está en la ley. Los operadores van a la realidad del conflicto con el molde de la ley en la mano. Lo que no pueden hacer caber en él es desconocido y muchas veces atropellado por el SJ, tendiendo a generar insatisfacción.

El otro problema es la esencia bélica de instituciones judiciales que hace que las instituciones judiciales tiendan a perder capacidad regulatoria en conflictos asociados con relaciones continuas y complejas. Mientras que, en las relaciones simples y discontinuas, tiende a imponerse el más poderoso en el mundo social en tanto el sistema judicial le ofrece las posibilidades para que proyecte su preponderancia a los escenarios procesales. Precisamente porque entre los diferentes



sistemas, el mundo occidental se ha concentrado en el adjudicatorio legal. De modo que lo que se hace con el conflicto desde el SJ está muy lejos de tramitar integralmente los intereses de las partes. El proceso se limita por regla general a una medición de fuerzas alrededor de ciertos aspectos dejando de lado incluso a los propios actores de la controversia.

C. Persecución a instituciones y saberes mestizos

(#80) Está claro que la ideología colonial imperante se empeña en impedir que situemos el sistema judicial en sus propios límites espaciales y funcionales. Que se niega a que entendamos que muchas de las virtudes del SJ occidental, aún en los propios países centrales, no han mostrado ser más que un planteamiento teórico que en muchos aspectos no trasciende la ficción y la utopía. Que se desconoce que sus alcances reales están determinados por su propio contexto y no pueden esperarse los mismos frutos cuando llega a ser trasplantado a terrenos con otra historia y otro contexto³⁵³. Hemos visto como entre nosotros el derecho moderno y el sistema

³⁵³Es en ese sentido que se habla de provincianismo europeo: "El universalismo abstracto epistémico en la tradición de la filosofía occidental moderna forma parte intrínseca del racismo epistemológico. Si la razón universal y la verdad solamente pueden partir de un sujeto blanco- europeo-masculino-heterosexual, y si la única tradición de pensamiento con dicha capacidad de universalidad y de acceso a la verdad es la occidental, entonces no hay universalismo abstracto sin racismo epistémico. El racismo epistemológico es intrínseco al "universalismo abstracto" occidental, que encubre a quien habla y el lugar desde donde habla. Entonces la pregunta es: ¿cómo salir del dilema entre los particularismos provinciales aislados *versus* los universalismos abstractos disfrazados de "cosmopolitas", pero igualmente provinciales? ¿Cómo descolonizar el universalismo occidentalista?" (Castro G. & Grossfogel, 2007).



judicial nunca lograron el alcance emancipatorio que tuvo en la historia de los países centrales. Con Boaventura de Sousa Santos podemos ver que desde un comienzo en nuestro contexto colombiano y latinoamericano tanto el uno como el otro no han participado de un proyecto emancipatorio como si lo hicieron en continente europeo y los países de la cultura anglosajona. Por el contrario, en nuestra realidad han sido herramientas fundamentales de sistemas de dominación y exclusión del sistema planetario colonial que se realiza en nuestras relaciones sociales de dominación y explotación y mediante el cual se declara que sólo existe lo que está al lado de lo moderno y lo demás no. Es precisamente desde esa pretenciosa superioridad y universalidad que podemos explicar el substrato sobre el que se edifica el conjunto de dinámicas institucionales que combaten con diferentes armas a figuras tan valiosas como los JP y las demás que reseñamos en el primer apartado de esta sección.

Para analizar la negativa histórica a construir sobre nuestra propia cultura y nuestros propios saberes, Santos propone la categoría de *epistemicidio*, develando que los saberes que no existen en buena medida lo deben a que su inexistencia es producida euro-céntricamente, desde lo que él llama el *pensamiento abismal*. Son las epistemologías occidentales las que las anulan al catalogarlos como conocimientos no válidos mediante alguna de las siguientes cinco categorías: ignorante, atrasado, local o particular e improductivo o estéril³⁵⁴. A través de esas categorías la “mono-cultura” occidental dominante anula los saberes elaborados por fuera de su control (Santos, 2009a, pp. 21 y ss.).

³⁵⁴ Más adelante veremos que este planteamiento de Santos tiene una dimensión paradigmática dentro de las sociedades modernas, al subordinarse el derecho a la ciencia y al identificarse con el Estado quedó absorbido dentro de la regulación. En lo que tiene que ver con las sociedades periféricas, lo determinante es la relación entre violencia y apropiación: "En efecto, la dicotomía regulación//emancipación sólo se aplica a las sociedades metropolitanas. Sería impensable aplicarla a los territorios coloniales." (Santos, 2009 b, p. 32)



Sobre la propuesta del portugués mostramos como todas ellas tienden a ser aplicadas a las instituciones extra-estatales de gestión de conflictos: (i) declara inexistente todo conocimiento que no se produce según sus reglas, entonces el otro se declara ignorante porque lo que sabe no existe. Así, mediante el dispositivo del monismo jurídico, declara inválido ante el derecho lo que no se produce dentro de sus cánones y a través sus agentes autorizados; (ii) declara atrasado lo que no está en la misma norma temporal aunque sea contemporáneo. Por ello, la gestión que pueden hacer actores u autoridades no estatales, por ejemplo, las indígenas e, incluso figuras como los JP, se puede declarar como atrasada y, por tanto, sin sentido ni aceptabilidad por el derecho estatal que es el que se arroga la titularidad de lo moderno; (iii) a partir de la naturalización de las diferencias, categoriza poblaciones (por raza o por sexo) que no pueden producir sino conocimientos inferiores y sólo es aceptable la utilización de esos saberes precarios sobre asuntos que también son de importancia inferior porque para las controversias importantes solo resultará aceptable la utilización de los conocimientos modernos; (iv) la lógica que liga la productividad de la administración de justicia a la seguridad y está a la integridad del orden estatal, hace parecer improductivas las actuaciones que conduzcan al restablecimiento de los vínculos sociales y al cuidado de las personas. (v) a partir de la escala nacional (cada vez más controlada de manera directa desde los centros mundiales de poder, mediante la globalización del derecho) como escala dominante en la A de J, se desconoce, se descarta o se persigue todo lo que es particular o local al tratarlo como lo que no es creíble porque no opera en esta escala y no se liga a las estructuras burocráticas y al monopolio de la violencia estatal. De modo que la gestión de conflictos que estima los valores, los sentidos de una comunidad específica sea ella territorial o no, tiende a ser inaceptable en la ideología que predomina en el campo jurídico.

Así, en el mundo del Derecho, las lógicas y los intereses subyacentes que se expandieron con su pretensión universal desde los monasterios europeos y sus



primeras universidades medievales han ido incrementando su capacidad regulatoria más allá de las fronteras gracias a la existencia de un sistema mundial del poder sobre la maquinaria colonial y aceptada cada vez más gracias a sofisticados de medios de operación de lo que ha funcionado como una academia jurídica global que no sólo pasa por la evidente producción de normas sino que fluye a través de las redes de intelectuales que cuentan con actores en todos los niveles fractales que fluyen a través de la concurrencia de varios procesos: (i) El protagonismo creciente de los jueces y del constitucionalismo en los procesos de regulación de los países de la comunidad internacional; (ii) la tendente construcción de una verdadera academia jurídica global facilitada por las dinámicas de producción global del derecho y la tecnología de las comunicaciones (Internet); (iii) el poder concentrado en ciertas universidades para que en últimas decidan lo que es el Derecho. Mediante sistemas de clasificación y acreditación se jerarquiza y se subordinan los saberes en la academia y se validan sus elaboraciones. Lo que necesariamente se proyecta en la producción de los criterios de interpretación aceptables. Lo que viene a ser necesariamente que esas estructuras globalizadas son las que definen lo que son las normas jurídicas y las instituciones aceptables, cómo se interpretan y legitiman; (iv) la concentración crecientemente oligopólica de los medios de comunicación social en algunos actores planetarios.

Edgardo Lander muestra que este fenómeno en todos los campos del saber. La determinación del conocimiento válido tiene cada vez más eficientes sistemas de moldeamiento desde los centros de poder mundial a través de lo que proclaman como criterios de excelencia: presupuestos y fundamentos teóricos, metodologías, paradigmas conceptuales y prioridades de investigación son construidas por la supuesta academia universal. Nuestros intelectuales, y en nuestro caso, nuestros juristas, simplemente participan subordinadamente en esta estructura global. Entonces, nuestros SJ tienden a asimilarse a los dictados globales, primero a través de



la doctrina “nacional” subordinada y luego, de la jurisprudencia por parte de jueces que, desde esas lógicas, se busca que reflejen esos centros de poder³⁵⁵.

Con ese ángulo, se propone una única línea en la evolución institucional en la que unos constructos se presentan como que están más adelantados, y otros como que están más atrás. Asignando, como es obvio, el lugar más avanzado a lo que tienen los países centrales. Con lo cual se desconocen las diferencias entre los contextos y las dinámicas regulatorias entre países centrales y periféricos, y de un contexto a otro. Así, gracias a esta lógica, el SJ y sus fundamentos teóricos se mantienen vigentes gracias a las cíclicas masterizaciones que se hacen en los epicentros mundiales de poder pero que se hacen circular cada vez de manera más fluida en la estructura fractal que articula los poderes periféricos a los centrales. Debido a ello, el sistema judicial occidental se sigue viendo como el método más adecuado de resolver los conflictos y se impone en los diferentes rincones del mundo en donde se van imponiendo las lógicas del poder mundial. La excelencia del SJ es un axioma que, como muchos otros, encuentra sus evidencias en el mundo discursivo de los operadores jurídicos, independientemente de los resultados reales y los análisis que en alguna medida hemos recogido aquí.

La tarea de nuestros académicos y actores en el Derecho, actuando como engranajes de esa máquina del poder colonial, es encontrar los caminos para que los intereses del capitalismo global puedan prosperar del centro a la periferia. Al paradigma judicial, si bien lo reconocen mejorable, no lo consideran superable. Lo que proponen es que sus instituciones sean reforzadas. Para lo cual buscan en los mismos centros de poder el vértice sobre el cual estructurar el refuerzo. Se desestima la

³⁵⁵ Así, el discurso de la méritocracia, teóricamente más democrático, que suele sustentar nombramientos y promociones en la rama judicial o en las facultades de Derecho, se asocia con títulos y publicaciones que darán un mejor lugar precisamente al que esté mejor posicionado en las estructuras mundiales del poder en el campo del derecho, que como hemos dicho tienden a ser una proyección del colonialismo.



opción de construir, desde sus fundamentos, las respuestas propias para nuestros problemas. Siendo así, los análisis que sustentan otras opciones tenderán a desecharse por tratarse de figuras que pueden llamarse buenas o hasta adecuadas pero se les cataloga de locales (no generalizables, como los sistemas de justicia del tribunal de aguas de Barcelona) o anticuadas (como los jueces de paz del Perú) cuando no se les cataloga como simple ignorancia de lo que se requiere o es válido o se declara inadmisibles en la A de J. Es en esas dinámicas mundiales de poder, que se organizan y delimitan los modelos jurídicos para los países “modernos, decentes y democráticos”. Toda esa estructura colonial participa en la determinación del sentido y la forma de las instituciones de cada país³⁵⁶; de las normas y su significado; de los derechos que se tienen y los que deben primar.

En ese contexto, Procusto, ese posadero malvado que deforma a los intereses para que puedan caber en las respuestas del SJ (#12) se crea y se recrea a través del sistema colonial³⁵⁷. Así, desde los poderes transnacionales se define cuáles son los catálogos de derechos y cuál su importancia en el sistema jurídico, cuáles son las prioridades del SJ y cuáles sus respuestas. Lo demás no sería relevante, no sería un asunto que interese al Estado³⁵⁸. Es decir, ante la limitación en la capacidad de respuesta estatal, tales poderes definen cuáles y cómo deben ser los intereses

³⁵⁶ Caso libertad de expresión

³⁵⁷ Ardito nos muestra cómo se expresa esa dinámica entre los operadores de justicia aún más periféricos: “Sin embargo también tenemos un fenómeno de ‘autorracismo’ porque en algunas cortes de la región andina predomina esta mentalidad formalista a pesar de que los mismos magistrados pueden tener rasgos indígenas y origen campesino. Pensamos que, lejos de una identificación con la población de la cual provienen, es más visible la necesidad de diferenciarse la necesidad de diferenciarse del campesino y la educación legal se convierte en un nuevo factor discriminatorio. Estos magistrados y jueces consideran que las barreras estructurales para el acceso a la justicia son circunstancias ajenas que no deben tomar en cuenta ni para analizar los hechos, ni para tomar una decisión:: ellos prefieren ver al derecho como un todo armónico aun cuando no coincida con la realidad” (Ardito, 2010, p. 269).

³⁵⁸ Más adelante vamos a ver lo de las NJI



particulares que tienen la posibilidad de contar con la tutela judicial efectiva y el respaldo de la fuerza del Estado.

También establecen la manera como debe ser la respuesta y cuando es al Estado al que le corresponde responder. Todo: las necesidades, los intereses y las prácticas que no quepan en esas categorías jurídicas (necesariamente tamizadas por el sistema global de validación de instituciones y saberes) tienden a ser desechadas por esa forma de ser y entender el derecho. Es lo que ocurre con el desconocimiento de las prácticas de conciliación que por más de un siglo han madurado los JP en el Perú cuando en la ley de conciliación que se produjo para ese país y otros del continente. Referencia

B. Santos explica que este tipo de fenómenos sólo puede ser entendido desde los extramuros del paradigma moderno de la ciencia y el derecho. El profesor de Coimbra muestra como el conocimiento sobre la naturaleza y la sociedad producido desde vértices culturales no occidentales tiende a reducirse a la denominación de simples creencias o puras intuiciones, que sólo pueden validarse mediante la academia moderna. Es con ese ángulo, precisamente que en la A de J no se permiten las respuestas que estén al otro lado de la línea que occidente traza para definir lo que cabe entre los conocimientos válidos o existentes. Del mismo modo se definen las normas o instituciones que pueden estimarse aceptables. Lo demás se ve simplemente como el estado de naturaleza hobbesiano, de guerra de todos contra todos, sobre el que se excusa en los discursos modernos la conquista y la dominación de territorios y pueblos como si fuera un beneficio para éstos. Como si fuera una liberación de su atraso. Santos explica que tal sometimiento a las estructuras modernas puede hacerse mediante la *apropiación* o la violencia. La primera la caracteriza como una dinámica en la cual tanto se deforman sus autoridades, sus normas y sus valores mediante la aculturación como una validación selectiva de las mismas que hace occidente, sin negociación, sin reconocer un sujeto igual en el colectivo. Entonces, se apropia (incorpora, coopta, asimila) lo que occidente selecciona que puede servirle. De no ser



posible o de no aceptarse, mediante la coacción u otras formas de agresión (física, material, cultural o corporal) se buscará aniquilar los acervos culturales, identidades y saberes, que no se reconocen: “la injusticia social global está, por tanto, íntimamente unida a la injusticia cognitiva global” (Santos, 2009 b, p. 40).

En diferentes países latinoamericanos podemos encontrar instituciones mestizas a lo largo de nuestra historia. Tal condición se deriva de la circunstancia de ser producidas en contextos en los cuáles se presenta la confluencia de diferentes vertientes culturales, sobre las cuales se van configurando con el tiempo y en la medida en que son moldeadas que le van haciendo los actores implicados en su gestión a lo largo de décadas y siglos. Dentro de ellas incluimos las figuras que venimos tratando a lo largo de esta sección. Hemos visto que los cabildos fueron transformados por pueblos indígenas a partir de un formato traído de la península ibérica. También, que los jueces de paz etimológicamente están emparentados con la figura del mismo nombre en Europa pero evolucionó con varias mutaciones desde las dinámicas de poder hacendario de la sierra peruana. Así mismo, que las rondas campesinas se derivan de la voluntad declarada de los pobladores rurales de algunas regiones de desarrollar sus propias figuras de justicia ante la impotencia de las judiciales. En los tres casos las instituciones comunitarias emergieron con legitimidad en la medida en que fueron apropiadas a las determinantes locales. En eso consiste su mestizaje. Se diferencian de las instituciones coloniales o postcoloniales en que han prosperado con alguna autonomía frente a las estructuras de poder mundial y se han desarrollado por fuera de los cánones de validación de la academia global. Este fenómeno se ha producido gracias a un cierto aislamiento o las propias barreras que establecen los regímenes jurídicos políticos de exclusión y discriminación que han predominado en los países de la región. Gracias a ello, presentan soluciones a los problemas de la A de J que no ha encontrado el sistema judicial en nuestra región e incluso tampoco en los países centrales.



Pero los desarrollos institucionales se escapan de lo que se considera correcto desde lo que se impone por parte de lo que llamamos las estructuras coloniales. Desde allí, las autoridades indígenas y los JP no pueden verse sino como parte del pasado y se propone que deberán ser superadas, bien sea relevándolas o, en el mejor de los casos, en tanto se pueda remontar el atraso en el que germinaron. Es decir, que lleguemos a lo que desde la ideología eurocéntrica se denomina el presente. Lo que, como hemos visto, es el espectro que se nos muestra sobre los paisajes de los países centrales. Las autoridades mestizas sólo se pueden aceptar como provisionales, tolerables mientras se logran sustituir por el SJ en la versión que actualmente campea en la metrópoli (Ardito, 2010, p. 270). Lo cual no significa que el andamiaje que apadrina el sistema judicial permanezca inactivo frente a las instituciones que considera extrañas. Mientras tanto, en nuestro sistema jurídico se van tomando las medidas mediante las cuales pueden irles limitando su actuación. Precisamente a esa cruzada “modernizante” concurren una pléyade de actores que, mediante diferentes acciones “contribuyen a superar el atraso”: las leyes nacionales, no sólo por omisión o por acción; también las políticas judiciales, las medidas administrativas, los controles penales y disciplinarios y, aún, las imposiciones de cada juez³⁵⁹. Como complemento, por supuesto, ponen su parte los actores académicos predominantes en el campo jurídico, en tanto la mayoría los desconocen como autoridades que administran justicia (Hespanha, 1993) sino también porque los subordinan a los operadores jurídicos “profesionales” cuando se les exige encuadrar sus actuaciones dentro del marco jurídico del Estado. (Uprimny, 2001).

³⁵⁹En Colombia también son frecuentes los casos en los que los jueces ordinarios se niegan a reconocer las actuaciones de los jueces de paz y los conciliadores den equidad, con argumentos de fondo y de forma sobre sus actuaciones.



RECAPITULANDO

En esta sección nos hemos ocupado de analizar porque las políticas de fortalecimiento y reforma del sistema de la A de J de manera sistemática excluyen las experiencias, las instituciones y los conocimientos sobre la gestión de conflictos que no tienen una genética occidental pura. Se trata de figuras que han germinado o evolucionado en escenarios comunitarios y son controlados por sus propias estructuras culturales y políticas o que han construido sus diseños y sus fundamentos por fuera de los cánones del derecho occidental mediante los cuales se procura construir o desarrollar orden, o al menos no hundirse en el caos, donde la fuerza gravitatoria del Estado es insuficiente o nula.

Tomando como ejemplo principal la figura de los jueces de paz del Perú, mostramos como sí es posible desarrollar instituciones que resuelvan problemas estructurales del SJ en nuestros países, en armonía con los resortes culturales propios, con altos niveles de legitimidad, eficiencia y eficacia. Tales resultados los logran gracias a que operan la conflictividad con un enfoque en el que lo que predomina es su papel como actores de la comunidad, de la cual son parte. Por tanto, se ocupan de que las decisiones y los procedimientos transmitan que se hizo justicia, al mismo tiempo que las partes encuentran satisfacción a sus necesidades de gestión. El procedimiento, lejos de ocuparse de definir un vencedor, procura fundamentalmente preservar y fortalecer los vínculos de convivencia que se ponen en riesgo dentro del conflicto. Los operadores saben que en la mayoría de los casos ellos son la única instancia de A de J a la que podrá acudir y, con una perspectiva integral, se comprometen en buscar una solución. De manera que, por regla general procuran encontrar una salida al conflicto que se les presenta, sin ocuparse mayormente de los límites de sus competencias.



Tanto los JP como las Rondas Campesinas o los cabildos indígenas en Colombia, son figuras que están lejos de ser apoyadas o promovidos de manera coherente por los diferentes órganos del Estado. Si bien, se pueden encontrar declaraciones favorables o figuras legales que las reconocen o, incluso, se formulan programas de promoción, lo que predomina entre los funcionarios es la idea, puesta en acción por diferentes vías, de que estas figuras deben ser abolidas porque a su entender son figuras precarias que deberán ser remplazadas por las judiciales lo más pronto posible.

El fundamento ideológico es la idea de que las soluciones a los problemas de la justicia sólo pueden ser válidas en la medida en que sean validables como modernas. Lo cual en últimas se traduce en su adecuación a formatos germinados y consolidados en experiencias institucionales o desarrollos académicos centrales en los circuitos de poder mundial. Con lo cual, nos negamos la posibilidad de entender nuestros problemas desde nuestras categorías y, a partir de ellas, crear soluciones. Nuestra evolución institucional, de década en década, es la de un Sísifo que se ocupa de subir por la cuesta una nueva reforma y cuando llega a la cima no tiene más opción que dejarla caer para ir a recoger la siguiente porque lo máximo que lograremos será llevarla a un nivel de avance que en el país modelo ya se habrá dejado atrás. Es la manera etnocéntrica de pensar y actuar que fue instalada desde los sistemas coloniales que nos dieron un lugar periférico como el nombre de *indias occidentales*.

Se trata de un conjunto de dispositivos que producen eurocéntricamente el epistemicidio de los conocimientos y las instituciones de justicia mestiza. Al partir de que el saber del derecho y la A de J que se produce está articulado al centro del poder mundial, se establecen unas reglas de validez de los conocimientos y las instituciones que germinan hasta en el más alejado rincón del planeta. Con lo cual desde allí se imponen los criterios de clasificación en los saberes y las prácticas jurídicas: se define lo válido y lo inválido; lo correcto y lo incorrecto; lo principal y lo accesorio; lo productivo y lo improductivo; lo útil y lo inútil. Nuestros doctrinantes, nuestra



Universidad
Carlos III de Madrid

jurisprudencia y nuestras leyes participan de esa clasificación, buscando subordinarse lo mejor posible en la academia jurídica global.



III. Vectores transnacionales para la justicia comunitaria

(#81) La manera como se presentan las dinámicas de justicia comunitaria en nuestra realidad contemporánea está enmarcada en el contexto que venimos describiendo a lo largo de este capítulo. Tal contexto se puede caracterizar, según lo expuesto, del siguiente modo: (i) Las políticas y reformas en la A de J se delimitan dentro de un espectro muy reducido de la realidad dejando de lado o menospreciando dimensiones o enfoques sumamente importantes en los que la JC tiene un papel a jugar; (ii) si bien las entidades del Estado han replanteado su lugar en la administración de justicia, abriendo espacios para actores no estatales, han tendido a predominar los actores y procedimientos vinculados a la empresa privada, quedando un lugar muy secundario y subordinado para los actores comunitarios; (iii) las figuras que han prosperado en las comunidades, sus aportes metodológicos y su impacto en la A de J tienden a ser menoscabados dentro del nuevo escenario de alianza entre los actores estatales y privados que predominan; (iv) lo cual se asocia con el contexto postcolonial en el que se inscriben nuestras prácticas con el derecho y con la A de J eficientemente sujetas a las estructuras ideológicas y materiales del poder mundial.

En esta última parte del capítulo nos ocupamos de analizar las dinámicas mediante las cuales las estructuras mundiales de poder determinan las políticas y reformas de la A de J en los países de nuestra región en la etapa actual. Ofrecemos



algunos elementos que nos permiten entender los cambios que se presentan en las estructuras institucionales que se nos vienen imponiendo en la actual etapa. Mostraremos como, en el nuevo contexto de globalización se vienen redefiniendo los sistemas mediante los cuales tramitamos la conflictividad y se marcan las rutas por las que han de transitar nuestras instituciones, incluidas las de JC. Intentaremos entregar algunos elementos que, desde la sociología jurídica, contribuyen a explicar esta realidad, principalmente a partir de la obra de Boaventura de Sousa Santos en el último cuarto de siglo.

Así, en primer lugar, analizaremos la manera como se organizan y como se están transformando los principios de regulación en el mundo capitalista y en nuestras sociedades en particular. Teniendo como punto de partida un cambio en la correlación de principios de regulación en los países centrales, en la que el mercado toma un lugar que el Estado le cede en su reposicionamiento en los países centrales, analizaremos la manera cómo impacta la nueva situación en realidades periféricas como la nuestra en donde tales principios operan de manera subordinada, excluida o discriminada en esas estructuras de poder. En segundo lugar, nos ocupamos de las transformaciones que está experimentando la espacialidad capitalista. Las dinámicas de retracción de los espacios nacionales ceden espacios que vienen siendo ocupados por lo local y lo transnacional, también en el derecho y la A de J. Si bien se pueden reconocer importantes esfuerzos y avances alternativos, la tendencia dominante en la globalización es la imposición de una forma de particular de relacionamiento planetario que ha desarrollado diferentes dispositivos de subordinación de lo local, sin pasar necesariamente por lo nacional. En tercer lugar, trataremos de entender ciertos dispositivos y procedimientos desarrollados recientemente para redefinir las instituciones y los procedimientos de A de J, bajo los moldes de los países centrales, en nuestros países y en particular en Colombia. Con lo cual procuramos entender los desarrollos predominantes que se han logrado dar a la JC en los últimos lustros, no obstante experiencias muy importantes de resistencia y emancipación.



A. Fenómenos de justicia comunitaria

(#82) Hemos dicho que el orden jurídico presidido por el Estado no ofrece su seguridad a amplios sectores de América Latina. La crisis del contrato social, descrita por Santos para las sociedades capitalistas, plantea particularidades que determinan la exclusión de la ciudadanía en amplios sectores sociales de la sociedad en la región. Hemos visto que en América Latina están los estados menos capaces de castigar a los delincuentes. Por ejemplo, la tasa de condenas por homicidio es la más baja del mundo, no obstante tener una tasa que es cinco veces mayor que el promedio mundial. Es la región en la que hay más desigualdad frente a la riqueza dado que predomina un índice de Gini superior a 0,50 mientras que Europa predomina un índice inferior a 0,35, a pesar de tener en promedio un ingreso *per cápita* que es la tercera parte de la europea. Etnicidios y epistemicidios se producen paulatinamente mediante los altos niveles de exclusión y discriminación racial y étnica que niegan el espacio a pueblos que debieran ser reconocidos como parte esencial e incluso mayoritaria de nuestra nacionalidad guatemalteca, boliviana o colombiana. Pero que también producen negación de lo indígena y lo afrodescendiente como partes determinantes de lo que somos los latinoamericanos como pueblos mestizos. Con lo cual en varios países, especialmente andinos y centroamericanos, se puede encontrar la presencia importante de áreas con órdenes extraestatales. Áreas de caos si se encuentran a lo largo y ancho del continente, desde zonas apartadas a nivel rural hasta el centro de las grandes ciudades. Desplazados de muchas violencias, buscaron el techo que ofrece la seguridad del orden estatal y no fueron incluidos en el contrato social.



Sobre esta línea de base pueden verificarse notables transformaciones en las últimas décadas, dada la interacción compleja de tendencias más o menos contradictorias en la historia del subcontinente. En la década de los ochentas confluyó la inestabilidad política y la represión generalizada con la situación económica más crítica. Bajo el signo de la “seguridad nacional” el subcontinente se cubrió de regímenes autoritarios, como dictaduras o “democracias restringidas”, que violaron sistemáticamente derechos humanos. Las políticas de ajuste estructural impuestas por el Fondo Monetario Internacional y el endeudamiento externo limitaron el acceso a los beneficios de la economía, empezando por el desempleo y tasas de inflación sin precedentes. Los años finales fueron de cambio gradual y la década de los noventas representa un periodo de establecimiento de democracias formales, en el que produce un nuevo constitucionalismo, que expande la carta de derechos y abre el camino para que en la nueva etapa en la que el continente, tras el ejemplo de Venezuela y Brasil, se fue cubriendo de gobiernos vinculados a la Izquierda (con la excepción notable de México y Colombia).

El marco jurídico y las políticas públicas producen cambios de profundidad en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores y la solidez del Estado frente a las tendencias globalizadoras que competían reduciendo cargas fiscales y derechos laborales, para atraer la inversión extranjera. Gobiernos de indígenas (Bolivia y Perú), exguerrilleros (Brasil, Uruguay, Nicaragua y Salvador), teólogos de la liberación (Paraguay) y sindicalistas (Brasil, Venezuela) se consolidaron en la región. La primera década del milenio fue una de las de mayor prosperidad económica en la historia de la región, que fue aprovechada por estos gobiernos de izquierda para desarrollar políticas sociales inclusivas que sacaron de la pobreza a una proporción sin precedentes de la población y redujeron la desigualdad en toda la región (salvo en Colombia, donde aunque la pobreza se redujo, la desigualdad aumentó hasta convertirse en la peor de la región y en una de las peores del mundo).



Las cuatro últimas décadas, habiendo sido tan diferentes en cuanto a sus vectores políticos, desde los cuales se han sucedido cambios importantes en el papel del Estado. Sin embargo, la transformación en cuanto al papel del aparato judicial ha sido bastante secundaria. Del mismo modo, no se aprecian diferencias de fondo en las reformas que se promueven en la A de J entre los proyectos políticos de diferente signo. El modelo vigente es más o menos el mismo y las transformaciones que se hacen se producen dentro de los mismos cauces occidentales. En términos generales, el AJ se ha mantenido más o menos independiente y aparentemente neutral ante los vectores políticos porque su papel es reactivo y reducido al microlitigio y con dependencia presupuestal y administrativa de los poderes políticos de turno, frente a los que no ha habido mayor problema (Santos, 2001, p. 107)³⁶⁰.

Apenas en la última década pudimos ser testigos del entusiasmo que llegó a generar en la población la tendencia que parecía imponerse hacía que operadores se comprometieran con las políticas distribucionistas mediante la actitud de protección de los derechos sociales y culturales, promovidos incluso por mecanismos como el amparo o la tutela constitucional, liderados por la Corte Constitucional de Colombia (Santos, 2001, p. 109). Pero hoy parece que eso no era sostenible.

Una nueva relación también se avista entre las áreas de regulación en lo atinente a los pueblos indígenas. A partir de lo establecido por el Convenio 169 de 1989, vigente en los diferentes países de la región, al menos como parte del bloque de constitucionalidad. Pero, también incorporado a través de normas propias en varias de las constituciones ha tenido desarrollos legales y jurisprudenciales en varios

³⁶⁰ “La independencia de los jueces en la matriz liberal es compatible pues con regímenes no democráticos. El control político tiende a ser ejercido a través de la exclusión de los jueces de las áreas de litigio políticamente más importantes para la supervivencia del sistema, y por medio de formas de intimidación difusas que crean sistemas de autocensura. El objetivo es reducir la independencia a la imparcialidad del juez ante las partes en litigio y garantizar la lealtad pasiva de los jueces al régimen” (Santos, 2001, p. 108)



países, especialmente en la Zona Andina y en Centroamérica, donde este sector poblacional tiene un mayor número. Con diferencias entre unos y otros, lo que se hace en estos regímenes es establecer condiciones para poder participar en el sistema político nacional desde la diversidad cultural. En particular, al reconocer a las autoridades propias la posibilidad de administrar justicia con base en las normas de las respectivas comunidades, en la práctica se estaba introduciendo una jurisdicción nueva, con criterios diferentes de A de J (muchos de ellos consensuales y constructivos). El impulso en la década de los noventa por parte de la CC colombiana se dirigió a garantizar el derecho a la diferencia cultural al máximo para lo cual se reducía al mínimo el control del Estado. Lo que se traducía en una clara posibilidad de que la justicia comunitaria se desarrollara ampliamente según las necesidades y los resortes culturales propios. Sin embargo parece que esa tendencia se viene revertiendo durante la última década y la justicia indígena tiende a estar más controlada por órganos estatales nacionales y a incidir mucho menos en la conflictividad más importante de las respectivas comunidades. Incluso en los casos de Ecuador y Bolivia, los desarrollos posteriores han tendido a contraer los alcances de un SJ nacional que de manera general se compromete a fortalecer la diversidad cultural y la pluralidad jurídica, incluyendo esos órdenes extraestatales. Sobre este tema profundizaremos en el capítulo cuarto (#100, #101, #110.).

Las otras áreas de orden extraestatal que se someten a variación son las que hemos llamado *zonas liberadas* en medio de los conflictos armados. Durante las tres últimas décadas se viene poniendo fin a las guerras civiles o a los conflictos armados en todo el continente. Ecuador, Perú, Nicaragua, El Salvador, Guatemala y parcialmente Colombia, han visto desactivar sus organizaciones guerrilleras y algunas se han convertido en partidos políticos que hoy hacen parte de la geografía política de sus respectivos países. Como consecuencia, las zonas que estuvieron bajo su control o hegemonía, al dejar de ser zonas de orden no estatal, por regla general, no han pasado a someterse al orden estatal sino que han caído en el caos. Lo cual se expresa en una



expansión sin precedentes de los indicadores de violencia asociada a una nueva cohorte de grupos de criminales organizados como las Maras en Centroamérica o las Bacrim en Colombia, que pugnan por ocupar el espacio vaciado, al retirarse el actor armado que ponía orden, y cuyo vacío no ha sido ocupado por las instituciones del Estado. El caso de Medellín puede ilustrar de manera clara esta situación: milicias urbanas de la guerrilla, combos y pandillas de tráfico de drogas, armas o personas, grupos paramilitares han tenido su turno en el control de las zonas más populosas en un área metropolitana de tres millones de personas.

B. La justicia comunitaria y la regulación actual

(#83) Al comienzo de este capítulo observamos que la crisis y los problemas estructurales en la A de J se asocian con la reducción en la capacidad ordenadora del Estado. Con ese marco sostenemos que la precariedad de las zonas de orden estatal podría tender a generalizarse tanto en América Latina como en otras regiones del mundo. Asistimos a lo que denomina Santos “crisis del contrato social” (Santos & García, 2001, pp. 19 y ss.). En el discurso predominante en la época anterior se sustentaba una expectativa de expansión de la ciudadanía en la medida en que el orden estatal iría ocupando todo el territorio. En esa medida, las relaciones situadas en áreas de caos o de orden extraestatal tenderían a contraerse. Con lo cual la capacidad regulatoria del Estado iría copando no sólo todo el espacio geográfico sino un espectro cada vez mayor de las relaciones sociales. Actualmente hay fuertes tendencias a la expansión de estas áreas de un lado porque al reducir el Estado su potencial regulatorio no sólo cierra la posibilidad de incluir relaciones, intereses o comportamientos que pueden estar en otras áreas sino también porque reduce la



posibilidad de regular relaciones y amparar intereses que fueron incluidos anteriormente y que, por tanto se habían hecho parte del contrato social. Con lo cual, Santos habla de dos modalidades de exclusión del contrato social moderno: el precontractualismo (lo que no ha estado incluido en la ciudadanía, nunca lo estará) y postcontractualismo (se excluye lo que ha estado incluido en la ciudadanía.).

La crisis en la A de J de la que venimos dando cuenta denuncia problemas estructurales del sistema por el deterioro en la capacidad inclusiva que ofrece la institucionalidad ligada a los estados nacionales, lo cual se expresa en tres niveles: (i) un menoscabo de la capacidad reguladora del Estado y la oferta que hace de seguridad (#46); (ii) la creciente concentración de los bienes y los ingresos excluye correlativamente cada vez a más amplios sectores de los beneficios de la economía y el acceso a los derechos sociales y (iii) la nación pierde eficacia en la generación de identidad por proceso culturales locales y transnacionales. En la medida en que el aparato político cada vez se encuentra más limitado para garantizar los derechos que consagran sus leyes internas³⁶¹. Como resultado de esta dinámica, se produce una transformación en la relación entre las áreas de orden estatal y las demás, que ha de analizarse de manera diferenciada para las sociedades centrales frente a las periféricas, entre las cuales se encuentra la colombiana.

De acuerdo con el planteamiento de Santos en la regulación en las sociedades modernas³⁶² (léase centrales, según lo desarrollaremos más adelante) coexisten y

³⁶¹ Allí parecen confluír una serie de causas entre las que podrían destacarse las siguientes: (i) La tendiente retracción en la eficacia de las “ligaduras” o vínculos ante el avance de una actitud individualista entre los sectores que históricamente han ocupado esta área³⁶¹; (ii) la orientación de los recursos públicos a prioridades definidas por fuera de la institucionalidad democrática y progresivamente de manera independiente de las fronteras nacionales; (iii) la búsqueda de competitividad en desmedro del gasto público que se traduce en la contracción del gasto social y de cierta burocracia, con lo cual, entre otras cosas, se pone límite a la respuesta que puede dar la judicatura a la conflictividad.

³⁶² Santos sostiene que el paradigma de la modernidad se constituye por dos pilares, el de la



compiten tres principios de regulación: el Estado, el mercado y la comunidad. El primero se define por una relación vertical de subsunción en la cual los ciudadanos se someten a las reglas de un aparato político que, a la vez, debe protegerlos. El principio de mercado regula a partir de una relación horizontal de rivalidad y competencia. El principio de comunidad regula los comportamientos sobre la base del sentimiento de pertenencia y las relaciones horizontales de solidaridad. En la modernidad los tres principios han concurrido en fundamento de las relaciones de poder y en la ordenación de los comportamientos. No es sólo el poder del Estado, transmitido al ordenamiento jurídico que preside, el que regula los comportamientos. Tanto el principio de mercado, a través del entramado regulatorio que se deriva de la ley de la oferta y la demanda, como el de comunidad, a través del conjunto de normas que establecen los dispositivos de pertenencia a un ámbito comunitario. Santos sustenta que la primacía entre los tres principios se ha alternado entre los principios de Estado y de mercado, mientras que el principio de comunidad ha tendido a estar en un segundo plano, más como un factor de legitimación. Así, puede decirse que dentro de la llamada época liberal clásica, el principio de mercado predominó. En tanto la erección del principio de Estado a la cúspide fue fundamental en la época del Estado Intervencionista (Santos, 2000, pp. 120 y ss).

Santos desarrolla un amplio análisis sobre los cambios que experimenta la regulación en las sociedades capitalistas actuales a través de los cuales pueden constatarse cambios que transforman de fondo el eje de regulación de la sociedad moderna. Al cobrar fuerza tales factores cada vez es más evidente un reposicionamiento y una nueva interacción entre los principios de estado, de mercado

emancipación y el de la regulación. Cada de uno de los cuales se constituyen a su vez por tres principios (arte, derecho y ciencia en la emancipación) y (Estado, mercado y comunidad en la regulación). Siendo fundamental que los dos principios interactúan en la manera como se organiza la sociedad y como se desarrollan sus dinámicas de conocimiento. (Santos, 2000, pp. 70 y ss)



y de comunidad que configuran el eje de regulación. Lo que tenemos es un reposicionamiento de los principios de regulación, produciendo un desplazamiento del principio de Estado por parte del principio de mercado en la cúspide de la regulación y un reposicionamiento del eje de comunidad. En la misma medida en que el principio de estado retrocede frente al avance de los otros dos principios, las lógicas de funcionamiento y los factores que los constituyen actúan como vectores en la gestión que en general se da a los conflictos en las sociedades modernas centrales. La A de J se ve afectada de manera diferenciada por los tres principios: el principio de estado opera en dirección de la soberanía y la seguridad jurídica; el vector del principio de mercado se dirige a la generación de ganancia apropiable de manera individual y; el vector del principio de comunidad se orienta hacia el fortalecimiento de los vínculos de identidad y pertenencia.

Si bien estos principios actúan en las sociedades periféricas, no lo hacen de la misma manera que en las centrales en tanto están determinados por las relaciones coloniales de poder y el pensamiento eurocéntrico de los cuales venimos hablando. Las reglas del Estado son las de un aparato político subordinado, que jamás ha sido soberano en pleno sentido, que no puede predicar la protección de todos los ciudadanos en el sentido del amparo de los derechos sino que, por el contrario, restringe los derechos con el argumento de defenderlos o de construir o defender la democracia (Santos, 2009a, pp. 43-44). El mercado es el de actores por regla general situados por fuera de los circuitos dominantes de la producción y del intercambio capitalista, para los cuales las máximas posibilidades se reducen a ubicar un lugar desde la posición dependiente dentro de tales circuitos. La comunidad está sujeta a la exclusión y la discriminación determinada desde las lógicas identitarias de las metrópolis coloniales. El profesor de Coimbra plantea que en la actualidad se está produciendo una transformación según la cual esta dinámica se está desarrollando



(impactando incluso la regulación en las sociedades centrales también³⁶³) en tanto se está produciendo la reedición de formas de regulación colonial que denomina el “retorno del colonizador”:

“Es el caso más notable de lo que denomino el nuevo gobierno indirecto. Está emergiendo como el estado que se retira de la regulación social y cuyos servicios públicos son privatizados. Poderosos actores no-estatales obtienen por lo tanto control sobre las vidas y bienestar de vastas poblaciones sea el control de la salud, la tierra, el agua potable, las semillas, los bosques, o la calidad del medio ambiente. La obligación política que ata al sujeto legal al *Rechtstaat*, el estado moderno constitucional, que ha prevalecido en este lado de la línea, está siendo remplazado por obligaciones contractuales privatizadas y despolitizadas, bajo las cuales la parte más débil está más o menos a la misericordia de la parte más fuerte.” (Santos, 2009a, p. 45)

Entonces en relación con el cambio del paradigma moderno, en estas sociedades predominaría el que Santos llama *abismal* y a cambio de los ejes de regulación y emancipación, tendríamos los de la apropiación y la violencia. Mediante la apropiación tiende a articular, sin negociación y como inferior aquellas instituciones que pueden favorecer las dinámicas de poder mundial. Mediante la violencia tiende a aniquilar, o al menos a destruir, todas las instituciones que no considera útiles a esas estructuras de poder. Tanto el eje de regulación como el eje de emancipación del paradigma moderno excluyen las sociedades periféricas y tanto el uno como el otro son parte de las estructuras del poder mundial. Siendo que, como hemos visto, elementos tan importantes situados en el eje de emancipación, por ejemplo los discursos de los derechos humanos o la democracia, son vehiculizados para imponer intereses de los países centrales. En tales casos puede evidenciarse como el esfuerzo de imposición se orienta y se agota al realizar tales intereses,

³⁶³“Incitando a un esfuerzo colectivo para desarrollar una epistemología del sur, conjeturo que este movimiento está hecho de un movimiento principal y un contramovimiento subalterno. Al movimiento principal lo denomino el retorno de lo colonial y el retorno del colonizador, y al contramovimiento lo llamo cosmopolitismo subalterno. Primero, el retorno de lo colonial y el retorno del colonizador.” (Santos, 2009a, p. 43)



quedando completamente relegadas las prácticas democráticas y derechos humanos mediante las cuales se ponen en marcha diferentes dispositivos de poder transnacional³⁶⁴.

Con esos discursos se rechazan y se persiguen aún en proyectos que tienden a realizar los modelos de sociedad democrática contruidos en Europa y Norteamérica, como las políticas de inclusión social, el desarrollo de identidades nacionales, el fortalecimiento del mercado interno y la generación de instituciones estatales que se declaran autónomas frente a los centros de poder mundial. El Estado norteamericano que se postula como adalid de la democracia en el mundo ha derrocado gobiernos democráticos como los de Guatemala (Jacobo Arbenz), República Dominicana (Juan Bosch) y Chile (Salvador Allende), ha agredido militarmente, económica y propagandísticamente a países que desarrollan su propio camino a la modernidad como Nicaragua, Venezuela o Ecuador. E incluso se les ataca por intentar hacer reformas que reduzcan la pobreza y la inclusión social. Llama la atención como en lo relacionado con estos últimos países uno de los principales argumentos para combatirlo sea el de la defensa de la libertad de prensa, campaña en la que previamente se ha hecho el ajuste necesario de los conceptos, reduciéndola a la libertad de empresa periodística. Se ataca a estos gobiernos porque ponen controles a la responsabilidad de tales empresas pero no cuestionan las recurrentes violaciones a la libertad de expresión que se producen al interior de ellas, ni a su relación con los poderes monopólicos.

Es más, en el contexto del paradigma abismal, no hay lugar para las instituciones mestizas. No se les considera como merecedores de un lugar mismo

³⁶⁴ Son las experiencias dramáticas recientes de la acción coaligada de occidente sobre Irak o Libia. En ambos casos se destruyeron centenares de vidas humanas con el propósito manifiesto de sustituir la institucionalidad que allí había por la occidental que garantizaría la democracia y los derechos humanos.



nivel para la interlocución: “le permite entrar en un debate pero no le permite discutir los términos del debate y mucho menos discutir el porqué de la opción por un debate dado y no por otro. La eficacia del uso contrahegemónico de conceptos o instrumentos es definida por la conciencia de los límites de ese uso” (Santos, 2010a, p. 16). No se considera que haya instituciones propias y a sus intelectuales no se les considera tales. De modo que a las soluciones que se producen desde sus elaboraciones no se les estima, aun cuando sean eficientes, eficaces y legítimas frente a sus propias necesidades y realidades.

Mucho menos ese paradigma abismal va a considerar que estas sociedades periféricas pueden producir soluciones a los problemas que la modernidad no ha podido solucionar o que ha generado. Esto puede verse de manera palmaria en cuanto a la gestión de conflictos de intereses. En pocos temas puede tener un mayor impacto el paradigma abismal. Porque son las dinámicas del pensamiento las que regulan de manera directa y estructuran un sistema mundial de dominación en el que con esas estructuras de pensamiento se gobierna. De modo que grandes los aportes que podrían dar las instituciones mestizas a los sistemas de A de J no sólo son desaprovechados para la humanidad³⁶⁵ sino que tienden a ser combatidos aún para las realidades que se benefician de ellas.

³⁶⁵ "las posibilidades históricas de la emancipación social de la modernidad occidental (...) tenemos problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas. Los problemas modernos de la igualdad, de la libertad y de la fraternidad persisten con nosotros. Sin embargo, las soluciones modernas propuestas por el liberalismo y también por el marxismo ya no sirven, incluso si son llevadas a su máxima conciencia posible" (Santos, 2010a, p. 20)



C. Justicia comunitaria, especialidad y hegemonía

(#84) Otro vector que determina la ruta que toman las políticas y experiencias de justicia comunitaria se refiere a transformación en la espacialidad contemporánea. En el segundo capítulo mostramos que el sistema moderno de A de J está estructuralmente articulado con el territorio nacional y hoy la espacialidad que definía el territorio nacional como terreno propio del paradigma jurídico político moderno está perdiendo su posición privilegiada en la ordenación social. Otros actores con una potencia, que cada vez lo desborda más, intervienen en la orientación de los comportamientos y en el manejo de los conflictos. La A de J se debilita en el nivel estatal y gana fuerza en los niveles supraestatales e infraestatales, mientras que el Estado procura encontrar su papel en el nuevo escenario. El concepto de orden, labrado y cuidado en la modernidad, parece perder cada vez su utilidad para organizar las relaciones sociales.

La actual etapa puede empezar a contarse a partir de los años setenta del siglo XX cuando cobran un impulso crecientemente acelerado las espacialidades local y, especialmente, global de regulación. El modelo de estado construido para la modernidad se descontextualiza al producirse transformaciones cada vez más grande a la “constelación” en la que se originó (Habermas J., 2000, p. 82). El Estado se retrae del ámbito jurídico en medio de dinámicas de desregulación y de deslegalización, empezando a ceder el espacio a otros actores en la producción del Derecho y la A de J. También, gradualmente, pasa de desconocer la existencia de formas de justicia no estatales a definir políticas de reconocimiento y de promoción de las mismas, definiéndolas como competencias dentro de la estructura institucional y sin ceder en su pretensión monista. Teóricamente el estado cambia su posición monopolista en la



A de J por una de cooperación³⁶⁶, frente al papel que pueden jugar otros actores en la resolución de los conflictos (Caballero, 2010, p. 25 y ss.). Es una época de muchos cambios en el campo del derecho, pero el cambio fundamental es el cambio de posición del Estado, ya que se le va redefiniendo el papel que le corresponde frente a la producción jurídica y la A de J Frente a esa realidad lucha por transformarse a sí mismo y replantea su relación con los mecanismos de regulación y de manejo de los conflictos que se dan en la sociedad. En las próximas páginas trataremos de entender las líneas a través de las cuales se está trazando este proceso. Para comenzar, haremos unas precisiones sobre las dinámicas globalizadoras en el campo jurídico y político para luego hacer una descripción de los procesos de globalización en el campo del Derecho y el Estado.

i). Contracción del espacio nacional

(#85) El espacio nacional se ha venido debilitando en las últimas décadas, no sólo en los países periféricos. Mientras el estado parece dispuesto a morigerar su principio de soberanía interior en favor de espacios y actores que resuelven conflictos y regulan relaciones cada vez más importantes, es crecientemente evidente la producción del derecho en ámbitos que trascienden las fronteras nacionales. Hay un

³⁶⁶ Veremos que la nueva actitud del estado es a veces de sometimiento. V.gr.: En las dinámicas de globalización el Estado ha tratado de adaptarse al nuevo orden asumiendo un papel de más bajo perfil y menos arrogante. En algunos países como serían los de la Unión Europea (Vallespán, 2000, pp. 118 y 127) tiende a pasar de máximo organizador de la sociedad a defensor de unos intereses colectivos, unos logros nacionales y una tradición política. Ello le ha exigido un desplazamiento en el campo político que tiende a convertir los espacios propios de la democracia en instancias de pura legitimación de decisiones que se toman en otros espacios de poder (García Canclini, 1989, p. 24). Como hemos visto, en los países periféricos ha tendido a convertirse en correa de transmisión desde los espacios mundiales de producción del poder hacia los espacios locales.



fenómeno de reorganización del poder frente al que el estado pierde su capacidad reguladora, mientras el espacio local y, sobretodo, el espacio global van avanzando. En esta dirección apunta la siguiente observación de Habermas:

“Y si queremos entender por qué hoy el estado social se encuentra en dificultades deberemos recordar la constelación en que tiene lugar su origen (...) El estado territorial, la nación y una economía circunscrita a una fronteras nacionales formaron una constelación histórica en la cual el proceso democrático, en mayor o menor medida, pudo adoptar una convincente forma institucional” (Habermas, 2000, p. 83).

No sólo se trata de ciertas normas construidas multilateralmente y que muchos países simplemente han llegado a auto imponerse como requisito para obtener cédula de ciudadanía en la comunidad internacional³⁶⁷. Se trata sobre todo de la existencia de múltiples centros de producción del derecho en el ámbito mundial³⁶⁸. En todas estas dinámicas regulatorias toman partido e intervienen un sinnúmero de actores, privados muchos de ellos (consultores, ONG), que accionan a través de redes, agenciando diferentes intereses. Se define la globalización como una tendencia mediante la cual los procesos de relación y de organización social tienden a “abarcar todo el globo terráqueo” (Vallespín, 2000, p. 31). Lo que se traduce en un cambio de centralidad en la producción del poder y del derecho. Según Santos (2000, pp. 258 y

³⁶⁷ Normas que, de entrada, definen al menos formalmente un cierto modelo de aparato de estado y las que establecen derechos humanos en organismos como la ONU.

³⁶⁸ De un lado, (1) están los procesos de constitución de bloques regionales, entre los cuales destaca el de la unión europea por ser el que ha alcanzado mayores niveles de intensidad. En estos casos, la voluntad política articulada en los Estados ha contado de alguna manera, así sea para ceder la soberanía legislativa (Ferrajoli, 1999, p. 16). De otro lado, (2) están las imposiciones que con la forma de normas internas hace un país o un grupo de países centrales a otros países. También las decisiones de carácter unilateral que toma un estado poderoso, obligando a los demás a redefinir sus actuaciones frente a fenómenos internos o internacionales³⁶⁸. Lo es el muy polémico asunto relacionado con la definición de una jurisdicción mundial para la persecución de ciertos delitos que condujo a la CPI. Finalmente, (3) las que se derivan de la globalización de las relaciones sociales que tienen mucho que ver con la regulación de la economía, el medio ambiente y los procesos migratorios.



ss.) el espacio ciudadano, coincidente con el territorio nacional del Estado, está perdiendo su capacidad articuladora y esa articulación empieza a construirse en el espacio global, a donde también convergen la espacialidad productiva, la distributiva y la comunitaria. En este periodo el espacio global tiende a lograr que los demás espacios de producción del poder y del derecho cambien de forma, como condición para su existencia y su eficacia, y se articulen de manera diferente de cómo lo venían haciendo alrededor del poder del Estado³⁶⁹, elemento dominante en el área de orden estatal, que tampoco desaparece sino que tiene que articularse de una manera nueva, y muchas veces subalterna, a las estructuras mundiales de poder.

Hay una transformación de la espacialidad: mientras en la modernidad es el espacio nacional el que articula todos los ámbitos de regulación, con la globalización se tiende a que el espacio mundial subordine los espacios local y nacional, permeando todos los ámbitos de regulación de los comportamientos y los conflictos. Con lo cual las áreas de orden estatal pueden verse socavadas o reducir su eficacia, generándose un nuevo momento en las dinámicas regulatorias de la modernidad que se asocian con la transformación de la espacialidad (Habermas, 2000, p. 104) y en la redefinición del papel del Estado. Pero esa transformación en la espacialidad no se da carente de conflicto. Santos (1998a, pp. 57 y ss.) plantea que la globalización puede producirse de cuatro maneras diferentes que interactúan y pugnan por imponerse: el localismo globalizado, el globalismo localizado, el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad. El primero se define con el posicionamiento exitoso de un proceso local como global y, en consecuencia, la condena de los demás procesos similares a la localización como marginalidad. El segundo se define como la manera mediante la cual se adecuan las condiciones locales, desestructurándose y reestructurándose, a los imperativos globales. El cosmopolitismo se ve como la posibilidad de que

³⁶⁹ En el tercer capítulo (#48) volveremos con más detalle a este planteamiento del profesor portugués.



diferentes actores nacionales y locales, estatales y no gubernamentales, se articulen para identificar sus intereses comunes y proponerlos como escenario de interacción global. Y, la herencia común de la humanidad se define como el conjunto de relaciones sociales que son globales por sí mismas como el ambiente o la biodiversidad.

Los planteamientos de Santos señalan que lo que se está dando en el mundo hoy sería, entonces, una combinación de las cuatro formas de globalización. De un lado hay localismos que se globalizan: ciertas formas de producir y distribuir, el inglés, la cultura de Estados Unidos, las multinacionales, ciertas formas de A de J. Localismos que podrían estar, por ejemplo, en la base del modelo político del Estado de Derecho que tienden a imponerse a nivel mundial o una cierta manera de entender la universalidad de los derechos fundamentales. Esa dinámica condena a la condición de local a todo lo que no tenga la misma configuración. Del otro, hay formas de localizar la globalización que son la respuesta de adaptación que se da desde el ámbito local a los procesos globalizadores y que tienen que ver con aspectos que van desde la adopción del idioma inglés en una amplia gama de relaciones sociales hasta la adaptación a las exigencias laborales y ambientales del sistema productivo transnacional, la organización de una legislación competitiva, la adopción discriminatoria de la dicotomía cultura –folclor, la adopción por varios países del sistema penal acusatorio de Estados Unidos, etc.

Sin duda el localismo globalizado y el globalismo localizado³⁷⁰ constituyen la dialéctica dominante³⁷¹ en el proceso de mundialización. Pero no lo definen plenamente. También hay dinámicas de globalización cosmopolitas, que se producen entre actores de la sociales de distintos lugares del orbe, entre las que se destacan las

³⁷⁰ Siendo el globalismo localizado los mecanismos de adhesión a las exigencias del localismo globalizado, que pueden ser o no exitosos.

³⁷¹ Contra la cual se ha constituido el movimiento que se conoce como de “antiglobalización”.



redes mundiales permanentes de pueblos indígenas, o feministas, o de trabajadores, o movimientos sociales como el que lucha contra las tendencias actuales de la globalización del comercio que se expresó contundentemente en Seattle y Génova o el intento de la cumbre mundial de Río de Janeiro por el ambiente (y en Río +20) o el intento de articulación planetaria que se ha hecho a partir del Foro Social Mundial. También puede haber globalización cosmopolita cuando se producen instancias de regulación transnacional desde los estados o en combinación con organizaciones sociales como ocurre con el Tribunal Penal Internacional (TPI). El patrimonio común de la humanidad es un escenario en que se expresan los conflictos y las contradicciones que se presentan en dinámicas que son de suyo globales. Y, el cosmopolitismo³⁷², ofrece caminos de resistencia y propone caminos emancipatorios para enfrentar los problemas de las sociedades contemporáneas³⁷³.

En esta etapa, concurren en la región las diferentes dinámicas que transforman el derecho desde la espacialidad planetaria desde dinámicas de globalización cuestionan la globalización dominante: la globalización de la gente en movimiento y el

³⁷² Hay varias corrientes al interior del cosmopolitismo, entre las que se ha hecho célebre la que propone la organización de una especie de poder soberano planetario que, proyectando el acervo axiológico de la modernidad, logre someter a los grandes poderes transnacionales (Habermas, 2000; Held, 1997). Hacia esa propuesta apunta la siguiente reflexión de Habermas: “Una nueva ‘clausura’ que no derive en patologías sociales sólo será posible mediante una política que, aun estando a la altura de una nueva constelación que representan los mercados globales, se materialice en formas institucionales que no caigan por debajo de las condiciones de legitimidad de las formas de autodeterminación democráticas” (Habermas, 2000, p. 112). Más adelante, en el capítulo IV (#100, #112), tendremos oportunidad de extendernos en el análisis de esta propuesta para el campo de la administración de justicia.

³⁷³ Con este marco de referencia debiera analizarse la globalización del discurso jurídico en la concurrencia de tres procesos: (i) El protagonismo creciente de los jueces y del constitucionalismo en los procesos de regulación de los países de la comunidad internacional; (ii) la tendiente construcción de una verdadera *academia jurídica global* facilitada por las dinámicas de producción global del derecho y la tecnología de las comunicaciones (Internet) y; (iii) la concentración crecientemente oligopólica de los medios de comunicación social en algunos actores planetarios. Sobre este tema debieran encaminarse algunos estudios jurídicos.



patrimonio común de la humanidad; la globalización cosmopolita y globalización hegemónica.

La primera tiene que ver con la globalización de la gente en movimiento, con la que se experimentó un cambio fundamental en los años setenta, cuando por aproximadamente treinta años, América Latina pasa de ser el principal destino de las migraciones al principal origen por causas políticas y económicas, alcanzando el 4% del total de latinoamericanos. Por causas políticas hubo una diáspora por la represión, la persecución política y la violación sistemática de derechos humanos que se produjo desde mediados de los años sesenta hasta entrados los ochenta en el contexto de dictaduras militares y democracias restringidas por el auge de las doctrinas de seguridad nacional. Cerca de un millón y medio de intelectuales de Argentina (600.000), Chile (250.000), Uruguay (200.000) y de otros países fueron al exilio durante ese periodo³⁷⁴.

Las causas económicas pueden caracterizarse como crónicas dado que se han presentado desplazamientos económicos con cierta recurrencia entre los diferentes países de la región o hacia otras regiones, principalmente hacia Estados Unidos, desde mediados del siglo XX. Sin embargo, esa dinámica arreció especialmente desde finales de los setenta, sin solución de continuidad con el anterior fenómeno, en medio de la crisis generalizada de las economías de la región llegando a mediados de la década pasada a un total de dieciocho millones de migrantes económicos (Gainza, 2006). Ahora, nuevamente la tendencia se invierte y tienden a entrar más migrantes a Latinoamérica que los que salen³⁷⁵.

³⁷⁴ Al respecto puede consultarse en línea: Palma, Mónica. Destierro y Encuentro. Aproximaciones al exilio latinoamericano en México 1954-1980 en <http://alhim.revues.org/363>.

³⁷⁵ Por ejemplo, ese el caso de España con América Latina desde el año 2009. Para una visión general de esta dinámica de globalización se puede ver Pellegrino en



Los flujos migratorios de ida y vuelta producen relacionamientos profundos en los ámbitos doméstico, laboral y mercantil, e interacciones culturales de largo aliento entre de los países latinoamericanos, planteando demandas al espacio estructural de ciudadanía en los países de destino e influencias bidireccionales en todos los espacios estructurales. La globalización del patrimonio común de la humanidad se asocia tanto con la protección de la diversidad etnolingüística como con el ambiente y la diversidad de la naturaleza, en alta medida comprometidos en los glaciares andinos y, sobre todo, en las zonas selváticas. En esos contextos se asigna una gran responsabilidad a los estados y sobre todo a comunidades residentes aisladas en diferentes temas como la deforestación y el cambio climático global.

La globalización cosmopolita ha sido dinámica. En cuanto a lo que Santos denomina coaliciones, tienen importancia procesos de profundo calado, especialmente en lo relacionado con los derechos humanos. El panorama latinoamericano del último medio siglo en cuanto a promoción y protección de los derechos está profundamente marcado por la impronta de organizaciones internacionales de solidaridad con los diferentes países azotados por la represión (como Chile, Argentina, Nicaragua, Colombia o Guatemala), con Amnistía Internacional, Wola o AmericasWatch, facilitados por el activismo de población migrante. La vigencia de las normas internacionales y la fortaleza de las instituciones nacionales de protección de los derechos es en alta medida la consecuencia de una labor desarrollada por estos organismos internacionales en presión a gobiernos, en litigación, en incidencia en universidades, en actuación ante organismos multilaterales.

Un caso especial es el de la coordinación internacional de los pueblos indígenas al final de los ochenta, cuando despliegan acciones de gran envergadura que logran un



punto de inflexión en la relación de los estados con los aborígenes en la mayor parte del continente³⁷⁶. También ha de mencionarse un cierto cosmopolitismo multilateral en lo relacionado con alianzas económicas sur-sur (como el Alba y el Unasur) o las cumbres latinoamericanas. A comienzos del milenio, cobra especial fuerza la labor de organismos multilaterales, en buena medida activados por las coaliciones de ONG, como la Comisión Interamericana y la CIDH, recientemente secundadas por la CPI.

Actualmente, Santos viene hablando de globalización cosmopolita contrahegemónica para lo cual hace un llamado a desoccidentalizar las lógicas de regulación³⁷⁷ y a considerar las necesidades y los aportes de los llamados grupos subalternos. "Eso implica el radical 'des-pensar' del derecho -es decir, la reinención del derecho con el fin de adaptarlo a las reivindicaciones normativas de los grupos sociales subalternos y de sus movimientos así como de las organizaciones que luchan por alternativas a la globalización neoliberal" (Santos, 2007, p. 26). Con lo cual invita a construir lo global de manera cosmopolita pero con autonomía de los intereses exclusivistas de los sectores que han concurrido históricamente a los escenarios de regulación transnacional, brindando la posibilidad de que las expectativas de los sectores marginados y discriminados puedan participar en la elaboración de las reglas comunes (p. 48). Tal propósito llevaría a una reorganización de las rutas de producción normativa y las metodologías de interacción entre actores diferenciados:

³⁷⁶ El convenio 169 de 1989 de la OIT coincide con esta etapa de reclamo histórico con ocasión del desembarco europeo liderado por Cristóbal Colón y que le dio origen al periodo oprobioso más masivo del que se tenga noticia porque se desplegó contra la población de dos continentes: América y África.

³⁷⁷ Lo cual significa que es posible como una construcción en las que cuenten diversas maneras de entender lo que debe establecerse como orden: "Por eso, creo que la *universalidad* de lo humano debería entenderse hoy día como fruto de un diálogo intercultural abierto y conflictivo entre la autonomía de las diferentes culturas e identidades, o como fruto de una interpelación mutua de las plurales culturas y cosmovisiones del mundo. Es decir, como un concepto no metafísico, sino político y cultural; no estático sino dinámico." (Fariñas, 2014, p. 28)



“Estaríamos ante un tipo de pluralismo jurídico simultáneo de carácter horizontal, sin criterios de subordinación jerárquica, que puede marcar el desarrollo de la nueva cultura de la legalidad transnacional, como reflejo creciente complejidad de las sociedades globales y de los problemas que han de afrontar” (Fariñas, 2014, pp. 133-134)

ii). El nuevo lugar del Estado

(#86) En este contexto se vienen evidenciando tendencias al alejamiento entre el Estado y el Derecho derivadas del debilitamiento del poder organizador del primero, luego de que llegó a su máxima expresión en cuanto a intervencionismo. Ahora, hasta funciones de defensa, de organización de la economía, administración de justicia y persecución del delito, que se establecieron en la base del Estado en su fundación, están siendo asumidas por otros actores (Santos, 1991, pp. 149-150). Siendo así, el viejo soberano ha tenido no sólo que abrirse a actores económicos transnacionales y a dinámicas culturales exóticas sino que se ha hecho más permeable a las políticas de otros estados, siendo cada vez más influyente la ley del más fuerte en el concierto transnacional³⁷⁸.

El Estado, aún en los países centrales, ha tratado de adaptarse al nuevo orden asumiendo un papel más acorde con la nueva espacialidad redefiniendo la manera como interactúa en los escenarios transnacionales, relativizando su soberanía externa. Ello le ha exigido un desplazamiento en el campo político que tiende a convertir los

³⁷⁸ “Es una política marcada por la recomposición del poder del Estado, obligado hoy a ceder soberanía en la otrora inmaculada identidad: los ámbitos económico, militar y cultural e, incluso, de su misma capacidad normativa autónoma; una política expandida hacia el exterior, el mundo transnacional, que parece haber conseguido trasladar su proverbial desorden hacia el interior de los diferentes sistemas políticos”. (Vallespín, 2000, p. 15)



espacios propios de la democracia en instancias de pura legitimación de decisiones que se toman en otros centros de poder (Habermas, 2000, p. 84; García Canclini, 1999, p. 24)³⁷⁹. Con esa perspectiva habría que mirar los derechos políticos. Al poco entusiasmo por las elecciones que se registra en muchos países, parece subyacerlo la percepción que se tiene de que, gane quien gane, el gobierno no será muy diferente. Se puede estar generalizando la percepción de que el espacio de las decisiones políticas tiende a no estar en las instancias del Estado³⁸⁰ y se daría un vaciamiento de contenido de la política interna si se sigue limitando el concepto de política por el ámbito del estado. Lo que está de fondo es que, al darse una transformación a las dinámicas de poder, el aparato político nacional cambia su papel. Aunque, por supuesto, no lo hace de manera uniforme: Mientras en algunos países, como serían los de la Unión Europea (Vallespín, 2000, pp. 118 y 127), el Estado tiende a pasar de máximo organizador de la sociedad³⁸¹, al de defensor de unos intereses colectivos, unos logros nacionales y una tradición política en un contexto cada vez más

³⁷⁹ “La paralizante perspectiva según la cual la política nacional se reducirá en el futuro a un más o menos inteligente *management* de la forzosa adaptación a los imperativos que las economías nacionales deben cumplir para preservar su posición dentro de la economía global vacía el debate de su último resto de sustancia” (Habermas, 2000, p. 84).

³⁸⁰ Muy dicente aparece esta reflexión de Galeano que da cuenta muy gráfica de la espacialidad del poder y del lugar del poder del Estado en el mundo actual: (Galeano, 2004, p. 156): “En la actualidad, en tiempos de democracia, los tecnócratas internacionales resultan más eficaces que las expediciones militares. El pueblo haitiano no ha elegido, ni con un voto siquiera, al Fondo Monetario Internacional ni al Banco Mundial, pero son ellos quienes deciden hacia dónde sale cada peso que entra en las arcas públicas. Como en todos los países pobres, más poder que el voto tiene el veto: el voto democrático propone y la dictadura financiera dispone”.

³⁸¹ “A pesar de que la soberanía y el monopolio de la violencia quedan formalmente en manos del estado, las crecientes interdependencias de la sociedad mundial ponen en cuestión la premisa de que la política nacional, que todavía es territorial, es decir, que tiene lugar dentro de las fronteras del territorio de un estado, pueda realmente coincidir con el destino real de la sociedad nacional (...) Debido a que el estado –nación organiza sus decisiones en base al principio territorial, en la interdependente sociedad mundial se da, cada vez más raramente una congruencia entre participantes y afectados” (Habermas, 2000, p. 95).



globalizado; en otros ha terminado completamente sometido a actores y procesos transnacionales en cuanto a la regulación de la macroeconomía y el gasto social. Mientras algunos estados apenas son ligeramente permeados en su potestad de orden y organización; otros, en cambio, tienden a ser controlados mediante la manipulación de asuntos globalizados desde precisos centros de interés, como ocurre con el caso del terrorismo³⁸² y con el del narcotráfico.

Ahora se habla de crisis del derecho, en tanto se reduce la eficacia de la norma legal como orientadora de las relaciones sociales y se habla de crisis de la A de J en tanto la capacidad del aparato judicial para atender la conflictividad es desbordada. En cuanto al sistema jurídico, la crisis se manifiesta en la insuficiencia del derecho para resolver muchos de los conflictos. Es lo que se ha denominado la “crisis del paradigma de la legalidad estatal monista” (Wolkmer, 1994, p. 91). Debido a esa crisis, muchos de los asuntos tienden a ser tratados por el régimen como asuntos extrajurídicos³⁸³.

La ilegitimidad del AJ y el sistema jurídico estatal se manifiesta en una creciente tendencia al uso de mecanismos ajenos a ellos, para el manejo de la conflictividad. En esas condiciones, reducir la A de J al aparato judicial estatal y el derecho al del Estado en esta época, sería ir en contra de las evidencias y ya no se podría sostener con el más mínimo asomo de realidad. Las estadísticas de impunidad y de ineficiencia judicial parecen mostrar que el AJ pierde su lugar en la escena de la

³⁸² Sobre la manera como se convierten estos problemas en centrales en el campo de la seguridad véase Calvo (1995, pp. 105 y ss.).

³⁸³ Por ejemplo, como lo muestra Wolkmer, la estrategia más recurrida para sacar los asuntos colectivos de la órbita de la legalidad sería vinculando entidades no judiciales al manejo de la conflictividad, como por ejemplo de la rama ejecutiva del Estado. Con lo cual, el propio Estado se compromete con instituciones que atienden la conflictividad con instituciones que podríamos llamar parajudiciales (porque son precariamente adjudicatorias e imperatorias) o abiertamente situadas en otros modelos de administración de justicia.



mayor parte de los conflictos sociales³⁸⁴. Algo que cobra mucho mayor significación cuando el Estado se limita a ofrecer su protección puramente simbólica sobre asuntos que pueden ser de la mayor importancia para amplios sectores de la sociedad³⁸⁵ dejando sin amparo derechos que son primordiales para la mayoría de la población³⁸⁶. En la práctica, el Estado tiende a concentrar sus recursos donde las necesidades de acumulación capitalista lo requieren. Que en una etapa de acumulación globalizada del capital están determinadas por vectores cada vez menos controlables por el Estado de cada país.

Correlativamente, ese fenómeno de crisis en la juridicidad estatal y en la A de J que se presenta en las áreas de orden del Estado produce efectos sensibles en los otros tipos de áreas. En primer lugar porque amenaza con enviar a las áreas de caos a sectores cada vez más extensos de la sociedad. En segundo lugar porque la incorporación plena de una amplia franja de la población en áreas de orden estatal es sustituida por una oferta de ciudadanía limitada en la que, en la práctica sólo cuentan ciertos derechos, principalmente el del voto, quedando los otros derechos supeditados a los márgenes que permitan las políticas de inversión, de equilibrio fiscal, de

³⁸⁴ Puede ser indicativo el dato de que en España en 1990 sólo se resolvió un asunto por cada cinco demandas nuevas (Pastor, 1993, p. 65). Más dramático podemos verlo en la capital de Colombia: Sólo 210.000 personas (el diez por ciento del total de personas victimizadas) pusieron en conocimiento de la autoridad su caso y de ellos, el 62% percibe que el Estado lo único que hizo fue recibir la denuncia (DANE, 2013).

³⁸⁵ En este marco, Farías se pregunta sobre el aparato judicial brasileño: “¿Tendrá en el ámbito de una sociedad altamente compleja, desigual y contradictoria, donde su imagen de “confiabilidad” está puesta en duda por una parte significativa de la población, las condiciones técnicas, operativas e institucionales necesarias para asegurar la continuidad de su monopolio en relación con la solución de los conflictos?” (Farías, 1995, p. 85).

³⁸⁶ Como ocurre en Colombia, donde los homicidas quedan en la mayor parte de los casos en la impunidad. Contrasta ese dato con el los niveles de hacinamiento que registran las cárceles (algunas superan el 300% de su capacidad) siendo ocupadas crecientemente por actores de delitos de producción y tráfico de drogas, de mucho menor impacto en la sociedad colombiana.



competitividad, de seguridad. Y es en ese margen donde queda recluida la tutela judicial de los derechos. En tercer lugar, formas de regulación y de manejo de conflictos desarrolladas en las áreas de orden no estatal cobran un nuevo impulso, como medios realmente alcanzables para garantizar la convivencia en diferentes ámbitos de la sociedad, posiblemente potenciados, entre otras causas, por el resurgir de las identidades y el flujo de la dinámicas comunitarias que se hacen visibles en diferentes ámbitos del mundo. Finalmente, en cuarto lugar, el estado tiende a replantear su relación con esas áreas de orden no estatal abriéndose a formas de reconocimiento de otras jurisdicciones, reconociendo validez institucional a los mecanismos extraestatales y descentralizando la estructura de A de J para permitir la incursión de nuevos actores en la A de J la nueva actitud del aparato político, como veremos, se define como un camino de adaptación a las nuevas realidades pero cuidando de contar mecanismos que permitan al estado mantener el control.

Bajo esas circunstancias, las sociedades modernas, en mayor o menor grado, han mostrado grietas en sus sistemas de A de J. En donde el orden jurídico tiene una clara y eficaz capacidad de regular las relaciones sociales, gracias a que se cuenta con la garantía judicial de protección de los derechos, es insuficiente para entender las dinámicas de A de J del mundo occidental. En mayor o menor medida, hay otros escenarios de regulación y de conflictividad. Del mismo modo que pueden encontrarse áreas amplias en las que no puede reconocerse normatividad eficaz, que hemos ubicado en áreas de caos, también podemos hallar normatividades operantes que son diferentes y autónomas frente a las del estado, en áreas que hemos llamado de orden extraestatal. De cara a esas áreas, las estructuras y los métodos judiciales se muestran ineficaces. En áreas de caos, la gestión de los conflictos se hace generalmente sin institucionalidad, mientras que en el de orden extraestatal los conflictos se tramitan bajo referentes jurídicos que no se subordinan al derecho del Estado.

Tales grietas han tendido a ahondarse en la nueva etapa de espacialidad del poder y el derecho. El tendiente debilitamiento del estado tiene efectos inmediatos en



el panorama de A de J que venimos considerando. En las áreas de orden estatal tiende a desbordarse la capacidad del derecho para regular la conflictividad. La crisis en la administración de justicia acusa los índices más elevados y la eficacia del aparato estatal se contrae, provocando, la expansión de las áreas de caos en amplias zonas del espectro social. Como correlato, puede esperarse que emerjan dinámicas comunitarias locales de diferente orden para ofrecer medios alcanzables de regulación. Siendo así, cambian también las áreas de orden extraestatal por la importancia renovada que adquieren. Ello se expresa no sólo de cara a las propias comunidades en las que actúan sino también hacia el exterior, en la medida en que la nueva espacialidad le es más beneficiosa y el estado cambia su postura frente a ellos.

iii). Vectores políticos para la justicia comunitaria

(#87) En ese nuevo contexto deben ser leídas las políticas de justicia comunitaria que hoy tienen alguna visibilidad. En esta etapa la administración de justicia experimenta nuevas tendencias en cuanto a lo que se consideró el poder soberano y sus añejas dinámicas de regulación. Al estado parece tender a corresponderle una parte más restringida de la conflictividad y un papel menor como coordinador frente a una plétora de mecanismos que van emergiendo desde diferentes vértices. Ello debería de traer consigo un replanteamiento de las ideas que presidieron el paradigma de A de J en la época moderna y abrir un enorme campo en donde encuentren espacio de acción con fuerza creciente los más diversos mecanismos de JC. El concepto de estado territorial busca ser sustituido en muchos análisis y frente a él se dibuja cada vez con más fuerza en las diferentes perspectivas teóricas y políticas, el concepto de comunidad como parte de un nuevo paradigma que sirva para estructurar los procesos regulatorios en los nuevos tiempos. Lo que está en cuestión es si las nuevas tendencias conducen a un incremento de la capacidad



regulatoria de las autoridades comunitarias y al empoderamiento de los espacios locales en nuestras sociedades periféricas. De eso nos ocuparemos en el siguiente acápite.

En lo relacionado con la administración de justicia, el factor más influyente de la globalización es el que hemos denominado dominante: el localismo globalizado – globalismo localizado, generado principalmente desde Estados Unidos y que se verifica tanto de manera directa, con mecanismos de presión militar, diplomática o comercial como mediante la cooperación internacional. La agenda actual parte de lo que se conoce como el Consenso de Washington que pretende la organización mundial del capitalismo. Desde allí se promueve la máxima liberalización de los mercados, lo cual implica que haya el mínimo de estado. Por tanto, el aparato judicial debe dedicarse principalmente a garantizar la eficacia del derecho de propiedad y dar fluidez a los contratos (Santos, 2001, pp. 25 y ss. & Pásara, 2006, pp. 6 y ss.). Ello implica reducir costos de transacción mediante una mayor previsibilidad que tiene que ver con mejorar la gerencia en la justicia, garantizar el cumplimiento de lo pactado y la eficacia de sistema penal en su protección. La función del judicial es garantizar el mercado³⁸⁷. Para lograr ese fin, la lógica del mercado debe penetrar en la A de J, por lo que se promueven métodos alternos al judicial, quedando éste como última posibilidad. Como complemento, se debe contar con un sistema penal y penitenciario lo suficientemente capaz de reprimir la delincuencia que puede

³⁸⁷ "A partir de la visión neoinstitucionalista durante la última década varios billones de dólares han sido invertidos en proyectos jurídicos particularmente destinados al sistema judicial de países semiperiféricos" Con los siguientes acentos: 1. Protección de derechos de propiedad. 2. Reducción de costos de transacción. 3. Reducción de la congestión y fortalecimiento gerencial. 4. Aumentar la predictibilidad de decisiones judiciales. 5. Fortalecimiento del sistema penal. (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, pp. 24-25)



entorpecer al mercado, lo cual implica incrementar la población carcelaria en cuanto sea necesario (Uprimny, Rodríguez & García, 2006, pp. 24 y ss.; 116 y ss.; 126 y ss.)³⁸⁸.

Con ese marco es que se promueven las reformas a la justicia en la región, ante todo lo que las dinamiza no es tanto la problemática estructural de nuestra institucionalidad judicial, planteada en la Sección II, sino responder a las necesidades que tendría un país para participar en el mercado crecientemente globalizado: "(...) el estado de la justicia ha dado en vincularse reiteradamente a la confianza necesaria para que un país atraiga inversión –especialmente, la extranjera- y, en consecuencia, alcance un nivel significativo de crecimiento" (Pásara, 2006, p. 10). La competitividad de un país se asocia con la capacidad que tiene de garantizar la seguridad en la propiedad y la fluidez contractual. Entonces requiere de un AJ que actúe con previsibilidad, con eficiencia, poniendo a raya las amenazas delincuenciales que se le pueden generar. Sin embargo, lo que se vende es que las reformas le sirven a todo el mundo por igual. Que son reformas puramente técnicas destinadas a una justicia que sea más efectiva para atender toda la conflictividad y dirigida a dar seguridad a todos.

Más allá de la presión que se ejerce de Estado a Estado, opera el recurso, mucho más programático, y de manera precisa orientado hacia la administración de justicia, que es el de la cooperación internacional, a partir de organismos propios como la Agencia Internacional para el Desarrollo, pero también a través de agencias multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. El punto de partida de tales agencias es que el crecimiento económico de cada país exige una maquinaria judicial que garantice el mercado y, dado que evidencia muchas fallas, se hace necesario transformarlo. Lo que no se conoce es un esfuerzo sostenido por estudiar los problemas particulares ni de generar soluciones contextualizadas:

³⁸⁸ Los otros derechos individuales no son objeto de atención, y menos los derechos sociales. Con esa lógica, los judiciales no tendrían por qué ocuparse de políticas de inclusión e integración sociales. El tema del acceso a la justicia debería, en principio, serles ajeno.



“esta vinculación entre justicia y crecimiento tiene basamento en la llamada “nueva economía institucional” y la constatación de que, en el tercer mundo, “crecientemente, los proyectos de desarrollo económico y social dejan de alcanzar sus objetivos debido a la inadecuación –o incluso la carencia- de marcos institucionales y legales” (Faundez, 1997, p. 6). Al tiempo de que no se han elaborado planteamientos acerca de qué tipo de instituciones se requiere, la escuela de *Law & Economics* ha puesto énfasis en planteamientos acerca de qué tipo de instituciones se requiere de una mejor calidad de la justicia.” (Pásara, 2006, p. 9).

Por el contrario, la globalización dominante se expresa aquí de cuerpo entero: por regla general son los procedimientos y las soluciones imperantes en Estados Unidos las que se globalizan (por ejemplo el Sistema Penal Acusatorio, los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, la privatización del sistema penitenciario) y, mediante la acción internacional de sus órganos de cooperación (BID, BM, AID) las localizan en interacción vertical con los actores nacionales³⁸⁹. Sin mayor discusión sobre el impacto que podrían tener esas políticas en cada país y sin mayor debate sobre las críticas al mismo en la sociedad y en la academia, se implantan en estos países. Pásara reflexiona sobre la relación entre los funcionarios de esas agencias y los funcionarios o asesores nacionales, destinatarios de esa gestión:

“En realidad la importancia de recursos, el manejo del conocimiento y en la provisión de la cooperación de nuevos actores internacionales que multiplican y potencian el trasplante de leyes o instituciones legales ha sido constante en la

³⁸⁹Pasamos por una nueva época en la que se replantea la relación de los diferentes niveles territoriales. En este momento hay una clara retracción del Estado de los escenarios de administración de justicia. Ello se ha dado, en buena medida motivado por la recurrencia de una mayoría de conflictos no accedidos al Estado. El punto es que las comunidades indígenas hoy tienen una situación de reconocimiento de sus formas de justicia, porque el Estado ya no va a intentar integrarlos. Lo que si está pasando es que esa integración se está haciendo a nivel internacional como consecuencia de los procesos de globalización.



historia. Pero los nuevos actores internacionales multiplican y potencian el proceso, en parte porque –en relaciones asimétricas, como las que usualmente se establecen a partir de la cooperación internacional- es difícil diferenciar entre la simple asesoría y el diseño de políticas, entre el consejo técnico y la imposición por vía de una autoridad que se basa simultáneamente en el manejo del conocimiento y en la provisión de recursos a una contraparte nacional requerida de uno y de otros” (Pásara, 2006, p. 7).

El balance que hace Pásara de los documentos que ha elaborado e implementado la cooperación en el tema muestra un esfuerzo bastante menor al estudio de la realidad local, a sus problemas que a la definición de las rutas de implementación. Del mismo modo, es poco lo que se ocupan de evaluar el impacto que puede tener en el sistema jurídico, en la normatividad nacional y en la sociedad en su conjunto, las reformas que se hagan. Son estas agencias las que en un ejercicio enhiesto localizan las políticas en una relación vertical con las entidades gubernamentales nacionales, en buena medida poco conocedores de los temas que atienden, muchas veces controladas por entidades contratistas o consultoras que tenderán a someterse a la línea internacional por su interés en mantener el cliente, sobre la base de que un diagnóstico que arroje una conclusión contraria debe ser desestimado: “(...) el comportamiento de funcionarios y expertos aparece guiado más por una lógica vinculada a los proyectos a su cargo, o en los que participan, que por las necesidades de una estrategia de transformación de la justicia” (2006, p. 8)

Por todas estas razones las principales líneas que orientan desde la cooperación para cualquier país de América Latina se promueven por igual en todos los países y en nada dista de las recetas que se implantan en otras regiones periféricas del globo, como en los países exsocialistas de Europa del Este. Se promueve un conjunto de cambios legales que busca que cambien las prácticas y se incremente la eficacia del sistema judicial (V.Gr. Implantación del Sistema Acusatorio). También reglamentan e instrumentan métodos alternativos de solución de conflictos sin tomar en consideración los sectores poblacionales a los que se dirigen y el tipo de conflictos que abocarán. Tratándose de los contextos nacionales de estos países en los



que estas figuras podrían ofrecer posibilidades reales de ampliación de la ciudadanía hacia las que hemos llamado áreas de caos o de orden extraestatal, no se ocupan de asuntos tan definitivos como la ausencia de monopolio en la fuerza por parte del Estado y situaciones de pluralidad jurídica o de caos en amplias zonas.

El peruano muestra como para muchos de esos agentes el ejercicio es más que simple. Prefieren reducir su labor a implantar las normas norteamericanas, porque así no tienen que estudiar los casos mayormente y menos desarrollar su inventiva. Siendo así, el “desarrollo” del sector justicia se vuelve algo simple: debe ser un espejo de los sistemas importados y se considerará mejor en cuanto más se le parezca. Por eso, la tendencia es a desarrollar normatividad calcada, entidades e instancias similares, recursos procesales idénticos, los mismos indicadores. Incluso, sobre tales indicadores, es posible que la información se acerque a lo buscado por el consultor. Tal ocurre, en Colombia por ejemplo con el número de decisiones en los juzgados o el número de presos. Posiblemente el espejo se ha pulido en las dos últimas décadas pero detrás del espejo las cosas no se ven mejor. La situación de la A de J tiende a ser percibida más negativamente por la población.

RECAPITULANDO

Las figuras de justicia comunitaria en las últimas décadas han estado altamente enmarcadas por las transformaciones que vienen sufriendo las dinámicas mundiales de poder del derecho en el planeta. La posición institucional que tienen las figuras, los alcances y límites en sus competencias, los procedimientos que utilizan y la validez de sus decisiones ante el sistema jurídico nacional han ido cambiando en la medida en



que van emergiendo políticas y reformas transnacionales que les abren espacio y al mismo tiempo las delimitan. Hemos visto a lo largo de esta sección que ha habido una tendencia a imponer los proyectos institucionales definidos desde las estructuras mundiales de poder.

Frente a los vectores transnacionales y las imposiciones del poder globalizado, han emergido en América Latina movimientos sociales y políticos con enormes avances en los últimos veinte años e incluso se han establecido gobiernos de izquierda en varios países del continente. Desde allí se han promovido políticas mediante las que se resiste a los vectores transnacionales o, incluso, establecen estrategias alternativas de desarrollo. La defensa del mercado interno y de los derechos laborales, las políticas distributivas y de inclusión de sectores históricamente discriminados o marginalizados, la exigencia de inviolabilidad del territorio nacional, la protección de las industrias propias, el desarrollo de estrategias sostenibles con el medio ambiente, configuran un conjunto de líneas en las que coinciden gobiernos socialistas y socialdemócratas con movimientos sociales en la construcción de una ruta independiente para resolver nuestros problemas. Sin embargo, no han llegado a construirse los consensos necesarios para articular movimientos sociales e institucionales que avancen en un camino latinoamericano para la administración de justicia. Y precisamente lo que ocurre es que la crisis judicial sigue deteriorando la calidad de vida de la gente y, frente a ella, avanzan sin rival las estrategias que se imponen desde los centros de poder mundial.

Siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, hemos podido observar que el paradigma moderno (fundado en la relación entre dos pilares: la regulación y la emancipación) es remplazado en nuestras sociedades periféricas por el paradigma abismal. Según el cual nos debatimos entre dos pilares que nos encierran: la violencia y la apropiación. Ni la regulación ni la emancipación modernas incluyen nuestros saberes e instituciones. Sólo, dentro del eje abismal de la apropiación nuestra obra puede ser estimada pero como inferior y con un lugar subalterno y transitorio dentro



de estructuras institucionales o de pensamiento regentadas desde los países centrales. Y es con sobre ese marco que han de hacerse caber las figuras de justicia mestiza.

Hemos visto que en las últimas décadas ha habido una transformación en la espacialidad del poder que propicia el desarrollo de institucionalidad comunitaria en la A de J. El socavamiento de la capacidad regulatoria de los espacios nacionales ha favorecido la globalización del poder y del Derecho pero también la germinación y el crecimiento de figuras y experiencias de justicia desde los espacios y referentes locales. Sin embargo, el vector que pesa más en la resultante es el que se asocia con las directrices que se construyen desde los intereses y con los fundamentos legitimadores de esas estructuras del poder mundial. Ellas claramente se han venido remozando desde la primera década del siglo y se han fortalecido en el nuevo escenario de poder globalizado y gracias a un conjunto de dispositivos multilaterales y bilaterales de promoción de reformas y construcción de políticas públicas.



CAPÍTULO CUARTO.

Los rumbos de la justicia comunitaria en Colombia



La justicia comunitaria cuenta con un recorrido visible en Colombia pero no ha sido estudiada de manera comprensiva. Conflictos de diverso tipo son atendidos por instancias cuya autoridad se funda en los vínculos que ellas tienen con la propia comunidad y enmarcan sus actuaciones en las normas sociales de la misma. Algunas figuras hunden sus raíces en las tradiciones de pueblos indígenas o afrodescendientes, otras simplemente se han desarrollado al ritmo de que asentamientos humanos fueron encontrando cómo tramitar sus controversias en zonas donde se careció de instituciones estatales capaces de intervenir y regular pacíficamente los conflictos. Con soporte constitucional se han abierto posibilidades para la validación jurídica ante el Estado de la autogestión de las controversias por parte de las comunidades tradicionales, que no acaban aún de ser exploradas y “desarrolladas”. Los indígenas, a partir del reconocimiento constitucional de su justicia, hoy dan cuenta de una experiencia de interacción compleja y conflictiva con el sistema jurídico nacional que ha reconfigurado sus instituciones ancestrales. Al mismo tiempo, los afrodescendientes junto con otros grupos étnicos, reclaman un tratamiento similar de parte del Estado. De otro lado, se han desarrollado experiencias de implementación de figuras creadas legalmente, como la de los JP, con diversos niveles de acierto y sostenibilidad.

De todas estas experiencias es necesario entender cómo están determinadas por las dinámicas internas de las comunidades en las que actúan, pero también en qué medida la acción estatal puede ser lo que las dinamice y controle. En países capitalistas centrales, desde los enfoques críticos del Derecho, se ha sostenido un



debate analítico a partir de los años setenta (Abel, 1982; Merry, 2003) que ha buscado entender y dimensionar históricamente las experiencias que se presentan allí. En Colombia, no obstante de los fenómenos de JC es esperable que sean mucho más frecuentes en toda nuestra historia y en nuestra geografía, y que se han intensificado en el último cuarto de siglo, sin embargo no se ha logrado establecer un debate sobre el tema. Declarando otro interés académico, Boaventura de Sousa Santos (1991) introdujo en Colombia los extremos en los que se movía el análisis de las figuras comunitarias de A de J (1991, p. 16), como proceso de autorregulación y autogestión de la convivencia de las comunidades, de un lado, y como política estatal para el trámite de los conflictos sociales y la distribución de las energías y los recursos públicos, del otro.

Para el análisis interno de las experiencias (Santos, 1991, pp. 23-96), propone una ruta teórica y metodológica que ejemplariza en una comunidad con nombre imaginario (Pasárgada) sobre la cual ha seguido elaborando en las décadas sucesivas (Santos, 2000 & 2009a). En 1991, Santos da cuenta de que en la gestión de conflictos de comunidades subalternas o periféricas se encuentran mecanismos e instancias que ordenan las relaciones sociales por fuera del derecho estatal, soportados en sistemas de organización y de autoridad propios y a partir de normatividades articuladas en estructuras axiológicas (*topois*) desvinculadas del derecho estatal, soportadas de manera predominante en la retórica como elemento estructural predominante en un derecho propio en el que la burocracia y la violencia (incluso las estatales) tienen un papel relativamente menor.

Para el estudio de las políticas estatales para la JC (Santos, 1991, pp. 123-147) el autor hace el siguiente planteamiento, ubica las que ya se venían implementando en los países capitalistas centrales como parte del conjunto de las políticas de A de J que se desarrollan e implementan allí. En una estrategia general para la gestión de los conflictos y para la regulación social, la JC debería limitarse a la atención de los conflictos que no son considerados centrales en las tendencias dominantes de



acumulación capitalista y las consecuentes prioridades que ha de tener el Estado. La fortaleza de la retórica en las comunidades debía vehiculizarse para facilitar la convivencia y la distensión de los conflictos en las comunidades subalternas y marginales mientras que el Estado concentra los recursos de violencia y burocracia en sus prioridades. Este reparto en las competencias, lejos de garantizar la autonomía, se propone, en realidad como parte de una estrategia de subalternidad, discriminación y exclusión. Para mantener el control sobre las instancias comunitarias, se contará ante todo con los dispositivos de trivialización y neutralización de los saberes y las prácticas que se sitúan en la periferia. La asignación legal de las competencias serían una cuerda que será tan larga como se requiera desde el aparato estatal y que se contraerá con más eficiencia sin las instancias comunitarias operan bajo competencias asignadas por el Estado.

Son las dos mitades del problema y son las dos dimensiones de su análisis. Los procesos comunitarios de A de J tienen la impronta, la profundidad y el alcance de las dinámicas sociales en las que están inscritos pero su relación con el Estado los configura y los reconfigura. Si bien ha habido trabajos que se han dirigido a fortalecer analíticamente y socialmente los mecanismos comunitarios, la mayor parte de los esfuerzos de estudio y promoción se han centrado en el posicionamiento, no siempre comprometido con el proceso comunitario respectivo, dentro de las estrategias oficiales. Si bien la estrategia de organización de la oferta de justicia exige para ser legítima y sostenible socialmente que las instancias comunitarias sean reconocidas convincentemente como autoridades y las estructuras sociales y culturales que las soportan sean tomadas en serio, la mayor parte de los esfuerzos se centran en la implementación de las exigencias que hacen las entidades estatales.

Correlativamente, los estudios que hay sobre el tema, en general se limitan a una mirada desde las políticas estatales. Si bien hay algunos buenos estudios de derecho propio de algunas comunidades tradicionales (Guerra Curvelo, 2002; Gómez, H., 2000), la mayor parte de la bibliografía sobre la justicia indígena es en realidad



sobre su relación con la justicia ordinaria (Londoño & Romero, 2005, pp. 16-20 y 26-28). Las figuras de justicia de paz o en equidad no tienen estudios sobre sus formas de regulación, sólo las políticas y sobre todo las leyes del Estado sobre ellas (Ariza & Abondano, 2009). Nuestra hipótesis de trabajo en esta parte es que en esa dialéctica Estado –Comunidad predomina una tendencia subordinante a los operadores y exclusión de los grupos humanos en los que ellos actúan como una faceta y una modalidad de las estructuras coloniales que hemos expuesto en los capítulos previos. En este capítulo esbozamos las dos dimensiones de esta realidad en Colombia. Las dos primeras secciones se ocupan de las experiencias comunitarias y, las dos últimas, de su relación con el Estado.

Empezamos mirando de manera descriptiva algunas experiencias desde el interior de los procesos comunitarios en los que llega a existir. Como herramienta de concreción, mostramos de manera puramente descriptiva algunas figuras de justicia comunitaria y los escenarios en los que prosperan. Nos referimos en primer lugar a instancias de A de J que vienen regulando los conflictos mediante procedimientos y normas ligados a las tradiciones culturales de los contextos en los que operan, como ocurre en los afrodescendientes (#54), indígenas (#53) o gitanos. También incluimos mecanismos e instancias que han prosperado desde áreas de caos o de orden no estatal como herramienta para garantizar la convivencia y neutralizar a actores externos, como son los casos de las comunidades de paz (#56) y otros casos rurales y urbanos, mencionados en el capítulo tercero de este trabajo (#74, 75). Consideramos figuras legales que, por su enfoque y por tener vocación de intervenir en los conflictos de las comunidades, son apropiadas por éstas para la gestión de sus conflictos como los JP, los conciliadores en equidad, entre otras.



En Colombia estas figuras han tenido un desarrollo diferenciado en los últimos veinte años. Las comunidades raizales y ROM³⁹⁰ han podido visibilizar sus instituciones de justicia y han venido consolidando una posición similar a la de los indígenas en el sistema jurídico nacional. No ocurre lo mismo con la población afro, que ha venido desarrollando sus postulados y ha avanzado en sus dinámicas de organización nacional y regional pero buena parte de las comunidades negras vienen siendo diezmadas numérica y orgánicamente por el conflicto armado. Las figuras de justicia en equidad alcanzaron su culmen hacia mediados de la década pasada y, aunque el número de operadores se mantiene, las políticas de promoción han dejado de ser tan prometedoras como lo fueron a comienzos del milenio.

Sustentamos en la segunda sección que esta diversidad institucional se recoge dentro de la categoría de JC que enmarca este trabajo. Con más o con menos distancias culturales y orgánicas frente al sistema judicial nacional, las diferentes experiencias enumeradas hacen parte de la misma clase de instituciones de justicia vinculadas orgánica y funcionalmente a una comunidad. Son sistemas, procedimientos e instituciones de gestión de los conflictos que, mediante operadores y referentes de la comunidad, atienden problemas intracomunitarios (de familia, de vecindad) o intercomunitarios (excepcionalmente) en las zonas más periféricas del desarrollo capitalista. Sostenemos que ese tipo de experiencias se presentan a lo largo de la historia de las sociedades modernas, sobre todo en los países periféricos. Sin embargo, su desarrollo y expansión actual corresponde con la confluencia de dos tendencias más o menos coincidentes: procesos de reorganización de la justicia por parte del Estado (descentralización, informalización, reconocimiento de figuras extraestatales) y dinámicas históricas de A de J (comunidades tradicionales, JP rondas campesinas). Una y otra tendencia confluyen en varias de las búsquedas (salidas a la

³⁹⁰ Las comunidades Rom, gitanas, cuentan con un sistema de justicia articulado alrededor de la Kriss Romani, sistema de leyes propias, mediante el cual han logrado mantenerse articulados no obstante su condición de nómadas y su dispersión geográfica.



crisis, gestión por fuera del SJ) y en las respuestas (constructiva, local), en el procedimiento (informalidad, participación), en las competencias y en los inconvenientes con los que chocan.

Las dos últimas secciones se dedican a analizar la relación de los procesos de JC con el Estado. En la tercera damos cuenta de la posición que tienen las principales figuras de JC en el sistema jurídico político colombiano y, en la cuarta, analizamos los contenidos y los objetivos hacia los cuales se dirigen las políticas públicas para estas figuras. Tras dos décadas de expansión en nuestro país, puede decirse que el panorama de las justicias comunitarias se ha intensificado. Sin duda, hoy podemos hablar de dinámicas de JC en zonas amplias del territorio nacional. Sin embargo, las expectativas sobre estas figuras se han contraído. Las posiciones ganadas en cuanto a calidad de las actuaciones e impacto sobre la conflictividad se han ido contrayendo. Muchas de ellas en las políticas públicas, en un contexto colonialista cargado de prejuicios, carente de información que dé cuenta de lo que hace la JC y lo que aporta, tiende a recortarle recursos y alcances. También en la opinión pública, habida cuenta del tratamiento negativo que suelen darle los medios. En la interacción con los órganos jurisdiccionales, si bien se han ganado espacios, se viene abriendo camino una tendencia que le reduce sus competencias. Para rematar, pareciera que la perspectiva académica se limita a ciertas lecturas sobre el impacto en los conflictos sin que nos ocupemos del estudio de las figuras en sí mismas, de los contextos en los que ellas prosperan o pueden prosperar y de las transformaciones que pueden generar en el campo jurídico.



I. Colores de justicia comunitaria en Colombia

(#88) Una autoridad espiritual indígena Kamétsá de la Amazonía Alta, un mayor afrodescendiente en la zona boscosa y húmeda del litoral Pacífico, un conciliador o un juez de paz en un poblado mediano de una región campesina o de un área metropolitana, un cabildo indígena Nasa o el Khriiss Romani, consejo máximo de los gitanos, son autoridades en sus propias comunidades que tienen la función de administrar justicia con base en las particularidades culturales de la comunidades en donde actúan. Algunas de esas figuras fueron visibilizadas o creadas jurídicamente mediante leyes y programas específicos de implementación. Otras simplemente existen como la realidad del manejo de los conflictos, a despecho de los cánones legales desde unas cuantas cuadras del centro del gobierno nacional, en Bogotá, hasta las más remotas selvas de la amazonia.

En esta sección intentaremos una aproximación a algunas experiencias concretas que nos permitan hacernos una idea de las dinámicas de JC que podemos encontrar en Colombia en la actualidad. En primer lugar nos aproximaremos a las experiencias más impactantes demográficamente, a partir de la descripción de casos emblemáticos. En segundo lugar, hacemos una aproximación al debate teórico sobre los conceptos mediante los cuales pueden ser comprendidas estas instituciones y dinámicas para acercarnos a los términos con los cuales se denominan estas figuras en las políticas públicas y en los ejercicios académicos que se hacen en nuestro país. En



esta parte, puramente descriptiva, haremos una presentación de las figuras que constituyen el universo de la JC en Colombia. Vamos a ver cómo son las figuras, dónde y en cuál contexto operan, cómo se relacionan con la comunidad, cómo gestionan los conflictos, cómo se relacionan con el sistema jurídico y con el conjunto de operadores y actores que intervienen en la gestión de los conflictos en los espacios en los que actúan.

Toribío, Tumaco y Bello son tres ejemplos que dan cuenta de la diversidad de figuras y de contextos en los que se producen las dinámicas de JC en Colombia. En nuestro país hay una plétora de instancias de origen legal o social. Entre las primeras, creadas y designadas o controladas por órganos del Estado central se destacan el Juez de Paz y el Conciliador en equidad. Entre las segundas está el caso de autoridades comunitarias indígenas a las que el ordenamiento jurídico no crea sino que las reconoce y valida ante el sistema judicial nacional. También el de autoridades propias que reclaman el mismo tratamiento, como ocurre con los afrodescendientes, el de los raizales de las islas del Caribe y el del pueblo ROM.

A. Justicia indígena

(#89) Toribío es un municipio indígena de 30 mil habitantes. Las instituciones mediante las que se dan los debates y las decisiones políticas definitivas son las indígenas. Hay un inspector de policía y una comisaría de familia, dependiente del alcalde, encargados por la ley nacional de gestionar los conflictos comunitarios y garantizar la convivencia. Hay un juez municipal, representante de la rama judicial nacional, y un fiscal local. Formalmente, la A de J cuenta con el mismo equipo de que dispone cualquier municipio no indígena. Pero hay grandes diferencias.

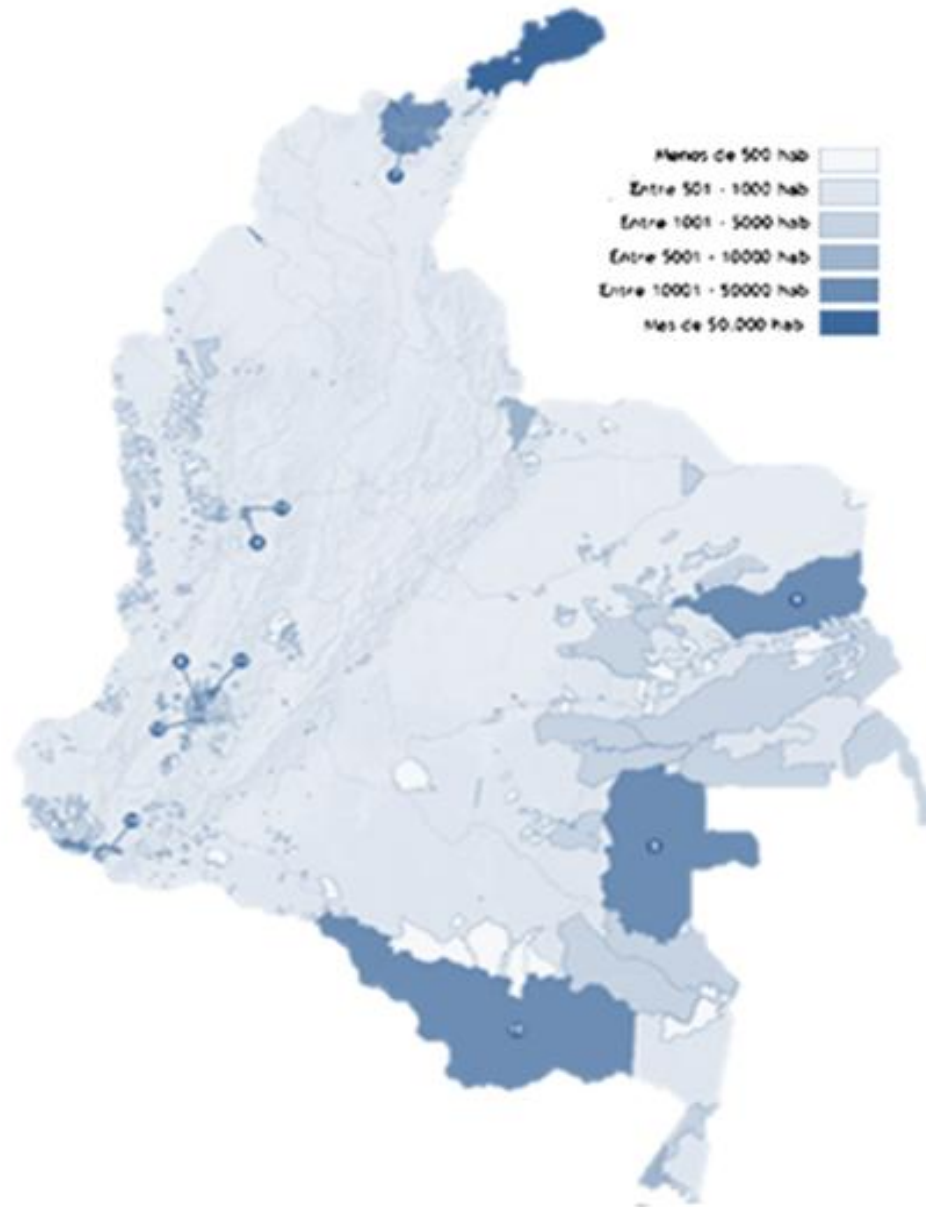


Según lo expresan los dirigentes nasas, empezando por el propio alcalde municipal, las autoridades estatales, incluso las de la rama judicial, tienen sus facultades sometidas a la norma constitucional del país que establece que en un territorio indígena, son las autoridades indígenas las competentes para administrar justicia. Es más, los indígenas comprenden una amplia diversidad de operadores de justicia propia que van desde cada familia y vereda hasta la máxima autoridad del resguardo. Las figuras estatales tienen un lugar en las estructuras comunitarias también. Por ejemplo, el Cabildo Mayor, máxima autoridad comunitaria, cuenta con un Cabildo de Apoyo de Familia que determina la labor de todos los funcionarios que inciden en el tema, como la Comisaría de Familia, y obra como última instancia en asuntos relacionados con el ámbito doméstico.

El Cabildo Mayor también cuenta con el Cabildo de Apoyo Jurídico que se encarga de tramitar directamente conflictos vecinales como los relacionados con manejo de animales domésticos, linderos y medianías o preparar las decisiones que le corresponden al Cabildo o a la asamblea general en el juzgamiento de asuntos penales. Los representantes de la administración judicial de justicia si están por fuera de las estructuras comunitarias. El Fiscal se ocupa de los muy pocos delitos en los que las partes no son indígenas y la jueza sólo atiende despachos comisorios de otras dependencias jurisdiccionales. El momento culmen en la administración de JPR se da en la audiencia de juzgamiento indígena, previo concepto de la autoridad espiritual, que puede ser en el Cabildo, en el que decide una docena de representantes o en asamblea general, en donde se decide por votación general, luego de una convocatoria en la que se ha promovido la presencia de todos los integrantes de la comunidad del respectivo resguardo.



Ilustración 9. Justicia indígena en Colombia



Tomado de: <http://geoactivismo.org/wp-content/uploads/2012/01/pobresg2011.png>



El antropólogo nasa Juan Carlos Piñacué Achicué (2008, pp. 29 y ss.) hace un ejercicio *autoetnográfico* en Calderas, otra comunidad de la misma etnia Nasa, mediante el cual expone la manera como se concibe la A de J entre quienes comparten ese universo cultural. La actuación del cabildo y las demás autoridades, que intervienen los conflictos, se orienta al restablecimiento del equilibrio mediante el ejercicio del conocimiento ancestral, en últimas representado por la autoridad médico espiritual del *the' wala* encargado de tratar la enfermedad y los problemas. Siendo él el encargado de preservar la armonía en la comunidad, es el llamado a servir de garante en todo tipo de conflictos individuales y colectivos obrando directamente como guía, una suerte de mediación o como instancia dentro del trámite de los procesos que conoce el cabildo o cualquiera otra autoridad (p. 44).

En Toribío, los casos más graves, antes de ser sometidos a la decisión del cabildo, transitan por una labor de “limpieza” que realiza el médico tradicional sobre los implicados y la recepción de una recomendación sobre la decisión a tomar, que es altamente apreciada. Piñacué, para su comunidad particular, señala que el propósito fundamental es recuperar la armonía, la cual sólo se obtiene si “se produce la aceptación de la falta y el pedir perdón del infractor y la aceptación del perdón por parte del agredido” (2008, p. 49). Del mismo modo, las decisiones de corrección, como el fuste y cepo (aunque este último fue una herramienta de tortura impuesta por la colonia española), no los usan como castigo sino como un remedio que, combinado con los consejos de quien lo inflige, se proporciona para superar los problemas y como una reparación colectiva. Lo que se logra es una “limpieza” de lo que está “sucio”, de modo que quien ha pasado por ella obtiene un lugar muy digno dentro de la comunidad porque se asume que ha logrado una situación de equilibrio muy positiva.

Por regla general, los conflictos que tramitan estas autoridades son los que se presentan entre los comuneros cobijados por el cabildo pero, no sin cuestionamientos



externos³⁹¹, muchas veces tramitan casos en los que sujetos no vinculados a la comunidad son enjuiciados e, incluso, sometidos a decisiones de las autoridades indígenas sobre la base de que quienes están en sus territorios están obligados a someterse a sus normas y procedimientos. Las autoridades propias intervienen generalmente por solicitud de una de las partes, también por remisión de autoridades estatales y la mayor parte de las veces por el contacto directo que tiene la organización a través de sus nervaduras con la conflictividad de la comunidad. Toribío no es excepcional, a través de los tres cabildos que reúnen a los indígenas de ese municipio, se practica bajo los mismos procedimientos y normas NASA en otra docena de municipios donde se extienden sus comunidades de la que constituye la segunda etnia más poblada de Colombia (con cerca de ciento ochenta mil integrantes).

Muy diferente es el caso del Palabrero (*Pütchipü'ü*) wayuu, en la península de La Guajira situada en la región más septentrional del país. El antropólogo Wildler Guerra hace un estudio del sistema de manejo de los conflictos a partir de la labor de estos actores “en los procesos de intermediación de las disputas y el discurso persuasivo de éstos para lograr, mediante una gama de recursos retóricos, que los grupos familiares en discordia se aviniesen a un arreglo pacífico (Guerra Curvelo, 2002, p. 38). Según él, la figura se origina en los embajadores de los que ya se valían

³⁹¹ Lllaman poderosamente la atención dos eventos en los cuales, en menos de un año, se produjeron posiciones contradictorias desde el exterior frente a la justicia indígena de este municipio. La primera ocurre cuando los indígenas, en noviembre de 2014, mediante un procedimiento expedito, sancionaron a un puñado de guerrilleros de las FARC por haber asesinado a uno de sus comuneros. Un caso en el que fueron cubiertos de elogios y su decisión no tuvo impugnación alguna ante las autoridades judiciales nacionales. Otro es el caso de un agente encubierto de un órgano estatal al que las autoridades indígenas encontraron culpable de serios daños a su comunidad y aplicaron el fuate, entre otras medidas. El dirigente indígena que tuvo a su cargo el direccionamiento del proceso, fue condenado por la autoridad judicial de la región a 18 años de cárcel por los delitos de secuestro (por la detención de que fue objeto) y tortura (por los fuetazos). Un caso similar al de Néstor Salgado, líder indígena del Estado de Guerrero en México a quien persiguieron por acusaciones similares frente al conjunto de medidas que como operadora de justicia implementó al interior de su comunidad.



en el siglo XVII las castas y parcialidades indígenas para buscar una negociación que evitase la guerra entre ellas (p. 56).

Por ese origen, los palabreros están llamados a intervenir en los conflictos colectivos que se presentan por el control de territorios (polirresidencialidad y cementerios) o recursos naturales; jerarquización social y; quebrantamiento de normas sociales (Guerra Curvelo, 2002, p. 86). En primer lugar, el Mayor (*Alaula*) como autoridad máxima de su clan y máximo responsable de atender los conflictos que se presentan en el grupo matrilineal (Vásquez Cardozo, 1993, p. 243), lidera la investigación del caso para precisar los hechos y los responsables (no individuales sino como un grupo de parentela) a partir de lo cual puede decidir acudir al Palabrero. Weildler Guerra describe esta institución como un oficio de mucho prestigio que ejercen personas pertenecientes a estirpes que se van formando de generación en generación y mediante el intercambio de saberes entre ellos (pp. 134-141).

De acuerdo con las normas válidas en la comunidad, la compensación constituye el método ideal para zanjar una disputa y la institucionalidad que lidera el palabrero se orienta a ese fin. Pero ello no excluye el uso de la fuerza. Por el contrario se complementa con ella dado que, si no se llega a un acuerdo de compensación será inevitable la confrontación bélica. El palabrero recibe y lleva la palabra del Mayor reclamante ante su homólogo, pero dispone de recursos para matizarlo buscando generar el ánimo conciliatorio. Cuando se da un caso de daño por la violación de una norma el punto de partida de la gestión es solicitar que el colectivo que lo causó responda por él³⁹². Para lo cual se desarrolla un procedimiento de conciliación

³⁹² En los capítulos V y VI, el autor se ocupa de especificar cómo trabaja un palabrero. La condición de tal, no es un cargo sino un oficio en el que las personas se forman durante toda la vida y del que reciben ingresos según los casos que lleguen a tramitar.



intermediada por el palabrero que lleva a un acuerdo que es oral por regla general³⁹³. Para lograr el consenso se acude al principio de que el que paga puede esperar que le paguen y, no importando la capacidad bélica que se tenga, siempre es mejor pagar porque eso da el prestigio necesario para después poder cobrar en la medida en que surja la necesidad de cara a un conflicto con la misma contraparte o con otra (p. 168).

Además de la experiencia de los pueblos Wayuu y Nasa, se presentan experiencias de A de J diferentes³⁹⁴, en cada una de las 82 etnias³⁹⁵ del país y los aproximadamente un millón cuatrocientas mil personas como integrantes de alguna de ellas³⁹⁶. Cada comunidad ha construido un sistema diferente de A de J con autoridades civiles o religiosas, procedimientos consensuales o adjudicatorios, constructivos o no, a través de los cuales las autoridades respectivas gestionan y regulan sus controversias que se presentan a su interior.

³⁹³ Recientemente algunas palabras han incorporado la elaboración de actas de conciliación (Guerra Curvelo, 2002, p. 140)

³⁹⁴ Perafán agrupa los sistemas colombianos de justicia indígena en cinco modalidades así: (i) segmentario, cuando el dispositivo de gestión de conflictos se establece según el caso y teniendo en cuenta las estructuras sociales que se afectan con el caso, (ii) autoridades comunales permanentes que muchas veces se superponen al segmentario, mediante autoridades centralizadas que pueden surgir por necesidades externas de la comunidad; (iii) religioso, que incluiría lo mágico, en el cual intervienen autoridades religiosas para la determinación de las decisiones que se toman; (iv) de grupos armados, en el cual se acude al actor armado (incluso externo) para que, prevaleciendo de su capacidad coactiva, dirima los conflictos y; (v) de compensación directa, que regula los conflictos a través de la reparación económica a la persona o al grupo afectado por un acto (Perafán, 1995, pp. 20-33). Estos sistemas no son excluyentes y puede haber varios de ellos en la misma comunidad o un sistema integrar mecanismos de los diferentes sistemas.

³⁹⁵ Existen procesos autonómicos frente a varios de esos pueblos que llevan a hablar de un total de 102 etnias.

³⁹⁶ La población indígena se sitúa en su mayoría (un 54%) en tres departamentos (Guajira, Cauca y Nariño) de los 33 que tiene el país (Arango & Sánchez, 1999, p. 83).



Como veremos con detenimiento, la Constitución Política del país reconoce, mediante la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), en cada uno de ellos, institutos válidos ante la ley y ante el sistema judicial nacional. La JEI no acaba de ser aceptada por los jueces de los respectivos municipios y ha presentado algunas limitaciones por parte del Consejo Superior de la Judicatura dado que uno y otro en varios casos que se analizarán más adelante, plantean limitaciones a la jurisdicción o subordinación del operador de justicia propia bajo los jueces ordinarios respectivos.

B. Justicia afrodescendiente

(#90) Tumaco es un municipio de afrodescendientes surgido entre las selvas tropicales y húmedas y el litoral del océano pacífico, donde los jueces y los fiscales son oriundos de las remotas tierras frías de la cordillera Andina donde se sitúa Pasto, la capital del Departamento. Los operadores de justicia formal carecen de vínculos culturales con la población. La gente corriente los ve como una remota burocracia cuyas fuerzas no llegan a cubrir sino ciertos sectores del área urbana en algunos temas. Al menos la mitad rural de la población (cien mil personas) sólo reconoce a las autoridades propias: los Mayores, las Parteras, los Santeros y las Tongas.

Luego de dos décadas de recibir el fuego cruzado de las guerras y de ver diezgadas sus organizaciones, las comunidades luchan por reunir sus autoridades alrededor de los Consejos Comunitarios Afrodescendientes, entidades territoriales de creación legal con funciones administrativas y de gestión de conflictos. De modo que hoy pueden reconocerse dos maneras de existencia de la JC entre ellos, una ligada a lo ancestral y otra a las figuras legales creadas para gobernar a sus integrantes y dirimir sus disputas (Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995).



La autoridad ancestral, aunque sigue teniendo un gran reconocimiento, se viene fundiendo con la autoridad que establecen las leyes. “La tradición afrocolombiana se ve representada por la oralidad y la transmisión del saber a través de mitos y relatos, la palabra tenía un valor sacramental al interior de las comunidades pero no así para aquellos que no la integran y es por eso que a partir de la llegada de los actores armados y las constantes incursiones de la fuerza pública al interior de los territorios ancestrales, se ha hecho necesario que las normas y pautas de convivencia se puedan recopilar, socializar y, de esta manera, garantizar su aplicación”. (Partners de Colombia & Proceso de Comunidades negras, 2013, p. 30). A instancias de los CCA, máxima autoridad colectiva se construyen los reglamentos internos en los que confluyen el “saber ancestral, las pautas de crianza y las normas de convivencia”, estableciendo las normas que son obligatorias en el territorio (p. 31).

El caso de Tumaco indica rasgos constantes de los grupos afrodescendientes en la región occidental del país, en la zona costera del océano Pacífico, a donde llegaron oleadas de colonos que dejaban atrás su propia condición de esclavos o la de sus antepasados. Allí, en la rivera de los ríos se fueron constituyendo comunidades que fundieron sus raíces culturales africanas con lo que pudieron rescatar en su favor de la cultura de sus esclavizadores. Es la región donde se ubica la mayor parte de la población negra del país. Tales comunidades, hoy más de cien a lo largo del país, establecieron dinámicas de identidad y organización diferenciadas³⁹⁷ según cada cuenca hidrográfica de una de las regiones más irrigadas del planeta. Hubo también en

³⁹⁷ En el vecino departamento del Cauca, las cosas son un poco diferentes. Edier Lobo, Presidente de un Consejo Comunitario Afrocolombiano del norte de Suárez en el Departamento del Cauca, en entrevista realizada para esta investigación, 14.10.14, muestra como en la época actual existe desconexión entre las dinámicas tradicionales de justicia propia y las que se establecen legalmente mediante el procedimiento legal: (i) los mayores (autoridades tradicionales) aconsejan a las partes; (ii) de no ser suficiente, se podría acudir a figuras de los Tribunales Afro a instancias de la Junta de Gobierno del Consejo Comunitario. En proceso de implementación. La figura de los amigables componedores no se les da uso porque no se considera propia (Arocha, 1998; Friedman & Arocha, 1998; Zapata, 2005).



la Costa Atlántica una formación de comunidades de exesclavos, pero en menor número.

En todas ellas, se establecieron sistemas de organización en los que germinaron diversidad de medios, como los mayores de Tumaco, para gestionar los conflictos en donde por muchos años, incluso más de un siglo, actuaron con autonomía y sin presencia de la justicia estatal. En desarrollo del art. 55 transitorio de la Constitución Política, se produjo la Ley 70 de 1993 mediante la cual se reconoce a las comunidades Afro y se establecen pautas para su organización interna a través de los CCA. A tales órganos se les establece una función como amigables componedores en los conflictos que se presentan al interior de la comunidad, en la que gozan de una reputación muy buena: “Cuando se pregunta por la eficacia de las autoridades tradicionales o ancestrales para resolver el caso, se evidencian circunstancias: la primera es que el 86% de los encuestados considera que se resolvió el conflicto, esto no se refiere sólo a una sanción sino a la solución de raíz del problema; y la segunda, es que el 68% de los encuestados señala que la autoridad ancestral o tradicional resolvió el problema en un par de días, lo que refleja que es una instancia ágil y rápida, así como también el 71% considera que la sanción impuesta se hizo efectiva, y sólo un 2% considera que no se cumplió” (Partners de Colombia & Proceso de Comunidades negras, 2013, p. 36)

Las autoridades comunitarias se ocupan de asuntos de familia y parentela, de vecindad, laborales, entre otros, a partir de la confianza con la que cuentan los operadores. Gracias al respeto alcanzado por los mayores durante décadas y a que cuentan con lazos sanguíneos o de otras formas de parentesco con muchos sujetos de la comunidad, muchas veces se confía más en la persona del Mayor o de la Partera que en el propio Consejo. (Partners de Colombia & Proceso de Comunidades negras, 2013, p. 53).



“El papel de la magia, de la medicina tradicional y la santería se convierte en elemento fundamental a la hora de hablar de figuras de autoridad, todo eso les daba otro tipo de poder, un poder impresionante que ese es el punto que hasta ahora se repite, porque ellas tenían autoridad sobre aquellos que curaban y estaba el temor de enojarlas, así que se les obedecía, también ellas eran las encargadas de amamantar a los hijos de otras mujeres y eso las convertía en madres de esos niños, dándoles otro nivel de autoridad (...) las curanderas también eran una autoridad, las que hacían remedios, las parteras, las cantoras, todo eso hacía parte de las autoridades territoriales” (p. 54)

En la comunidad se aplican sanciones físicas que consisten en trabajo comunitario, con el que se busca un beneficio colectivo, y sanciones simbólicas como la prohibición de acceder a cargos directivos. Pero la función de las instancias comunitarias es ante todo preventiva. Por lo cual están muy implicados en la formación juvenil y en la recreación de las normas de urbanidad entre otros campos del comportamiento (p. 58). Por regla general las instancias propias se ocupan de todo tipo de conflictos con excepción de aquellos casos que carecen de normas en sus reglamentos internos o el sancionado se niega rotundamente a acatar la sanción y el Consejo Comunitario carece de mecanismos coactivos (p. 40). Sin embargo, los operadores judiciales generalmente no los conocen o no los validan.

Los territorios de las comunidades afrodescendientes fueron objeto de la arremetida de grandes empresas, mineras y madereras principalmente, auxiliadas por grupos paramilitares que provocaron el éxodo hacia grandes ciudades y el consiguiente socavamiento de las comunidades. Con ese nuevo escenario, en las comunidades sobrevivientes las figuras tradicionales de justicia y las ofrecidas por la ley confluyen en un escenario todavía en formación en donde todavía no está claro hasta dónde están apuntando. Hay quienes proponen la simple apropiación de la figura legal de la amigable composición mientras que hay sectores que están comprometidos en la lucha por el reconocimiento de una jurisdicción similar a la indígena. En la actualidad las comunidades, en medio de las dinámicas de conflicto armado, de desplazamiento forzado de su dirigencia social, han venido a resolver una



Ilustración 10. Justicia afrodescendiente en Colombia



Tomado de: <https://www.nadir.org/nadir/initiativ/agp/free/colombia/map-negras.jpg>



tensión entre las instituciones tradicionales, de una diversidad todavía no abarcada por la academia, y la de la amigable composición de los Consejos Comunitarios, establecida por la ley. Siendo figuras diferentes, el camino para ocupar el lugar de operador de justicia y los referentes normativos pueden llegar a chocar. El proceso de organización de estas comunidades todavía no cuenta con unas banderas claras para orientarse y exigencias precisas a hacer hacia el exterior.

Si bien muchas personas en conflicto prefieren la capacidad decisoria y ejecutiva de la guerrilla e incluso del grupo paramilitar, para la mayoría de los integrantes de la comunidad, el Consejo Comunitario es la única autoridad legítima para gestionar los conflictos de manera armónica con la propia cultura. Desde asuntos domésticos hasta los delitos más atroces exigen la intervención de la autoridad de justicia propia. Sin embargo, hoy están muy limitados para atender la compleja conflictividad que les corresponde. En los asuntos en los cuales las fuerzas comprometidas son abarcadas por la propia comunidad, la autoridad propia interviene indicando cuál es el camino a tomar y persuadiendo a las partes a ajustarse a él. La decisión se produce mediante la conquista que hace el Mayor de la voluntad de las partes, a partir de su propia autoridad.

Los asuntos en los que las fuerzas en pugna no se someten a la comunidad porque afectan a narcotraficantes, guerrilla, grupo paramilitar, la intervención de las autoridades propias se dirigen a atenuar el impacto negativo en la comunidad, en tanto que las autoridades externas generalmente no llegan a producir un impacto en esos casos. La situación de marginalidad social y geográfica³⁹⁸ de estas comunidades, en la medida en que retrocedan los actores armados, la comunidad reclamará crecientemente los mecanismos comunitarios de gestión de conflictos. Y, es de

³⁹⁸ Por ejemplo, el Departamento del Chocó es el más pobre del país y no tiene una sola carretera pavimentada, la mayor parte del desplazamientos importantes se hacen por vía acuática, a altos costos, mediante motor fuera de borda a través de los meandros del respectivo río.



esperarse, que en sus territorios poco a poco se vuelvan a fortalecer mientras haya un espacio colectivo que reclama su labor.

C. Justicia urbana

(#91) Bello, es un municipio industrial de medio millón de personas, integrado al área metropolitana de Medellín. Durante las últimas cuatro décadas, (Jaramillo, Villa, & Ceballos, 2001) como todo el Valle de Aburrá, del que hace parte, ha pasado por un violento proceso. En la década de los sesenta aparecieron las primeras bandas ligadas al contrabando, en los ochentas emergen pandillas juveniles que se dedicaron a delinquir dentro de sus barrios de origen. Frente a las cuales empiezan a darse “limpiezas sociales” por parte de otros actores armados. En los noventas aparecen las milicias armadas que establecieron un fuerte control del territorio e impusieron su ley. De clara orientación política izquierdista pero con fuertes vínculos con diferentes formas delincuenciales, fueron desplazadas o remplazadas por bandas de sicarios ligadas al narcotráfico y también a los grupos paramilitares. En medio de ese contexto, la mayoría del liderazgo social fue siendo desplazado o cooptado por esos centros de poder que llegaron a hacer depender de ellos los distintos sectores de la actividad pública y muchos de la privada en las últimas cinco décadas de amplias zonas del Área Metropolitana de Medellín.

Hace diez años, cuando se creó la Casa de Justicia, el Municipio experimentaba una situación de caos generalizado. Durante lustros los grupos armados se habían disputado el territorio al que quisieron imponer sus reglas. La justicia del Estado no entraba y detrás de cada ola de violencia quedó un mayor nivel de confusión sobre quién administra justicia y bajo cuáles normas. La Casa de Justicia se construyó sobre



la labor de los CE, un grupo de líderes empeñados en devolverle la paz a la comunidad a partir de la gestión de muchos conflictos que se habían convertido en el combustible de la guerra. Porque cualquier conflicto, frente a la ausencia de instituciones, terminaba siendo intervenido por el actor armado en el poder. La ausencia del uso de la fuerza en su gestión, el vínculo con los sentidos de justicia que tiene la gente y el origen comunitario de los líderes dispuso cualquier prevención ante los diferentes bandos en conflicto armado. De modo que la figura entró en el escenario, sin resistencias a pesar de que la Conciliación en Equidad es una figura establecida por la ley nacional y controlada por el Ministerio de Justicia. De su mano, gradualmente, la inspección, la comisaría y las otras autoridades del Estado fueron ocupando la Casa, que se define como una justicia sin martillo.

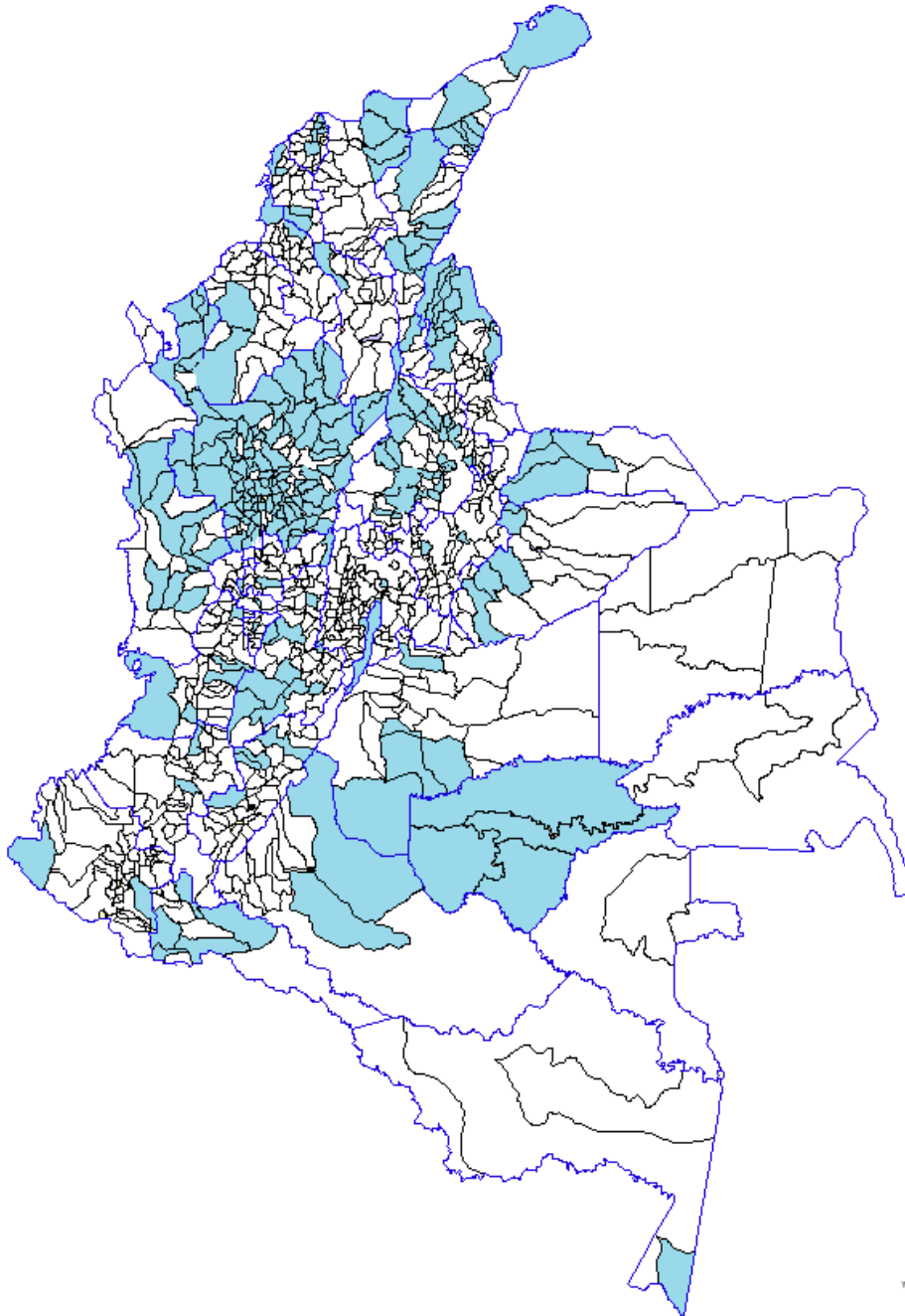
La Conciliación en Equidad, se orienta a fundar los acuerdos en lo que se considera justo en cada comunidad, se propone como una herramienta para el 86% de la población³⁹⁹ y ha prosperado donde se ha conectado con las necesidades y las vertientes del contexto en donde ha de operar. Se trata de una figura muy versátil creada en 1991 a partir de la figura peruana centenaria de los JP. Hay conciliadores en equidad operando en grandes ciudades como Medellín, Cali, Bucaramanga y la propia capital del país, Bogotá, como opción de acceso a la justicia que se ha dirigido a zonas en situación de pobreza, a los más afectados por el conflicto armado, o a los más rurales.

Además de las Casas de Justicia, hay conciliadores que se adscriben a centros de atención comunitaria de alguna Cámara de Comercio. Los hay también vinculados con alguna organización social, alguna comunidad de credo o alguna ONG. Sin embargo, la mayoría de los conciliadores, donde existen, trabajan sin contar con ese tipo de espacios. Generalmente lo hacen a partir de sus propios recursos y sin

³⁹⁹ Según el censo de 2005, el 10,5% de la población tiene identidad con una comunidad afrocolombiana y el 3,4 con una comunidad indígena



Ilustración 11. Conciliadores en equidad en Colombia





respaldo institucional. Se han nombrado 8.309 para 242 de los 1050 municipios del país, situados en 29 de los 33 departamentos, pero se carece de certeza sobre cuántos de ellos están operando. Al parecer sólo un millar de ellos opera efectivamente.

La figura del Conciliador en Equidad fue creada legalmente en abril de 1991 y la del Juez de Paz, en junio del mismo año. Dos figuras que tomaron como base el JP peruano pero que hicieron trámite paralelo en su proceso de creación jurídica. La primera, en el Congreso y, la segunda, en la Constituyente. Hacia 1993, se tuvieron los primeros conciliadores a partir de cuatro municipios hasta alcanzar el número actual de entidades territoriales en las que se han hecho nombramientos. Los dos primeros municipios que tuvieron JP se registran en 2002, creciendo hasta el número máximo de 13 departamentos y un total de 1122 JP⁴⁰⁰, la mayoría ubicados en tres departamentos. Los JP son, también en la práctica, muy similares a los CE. Atienden el mismo tipo de casos, su labor se realiza predominantemente mediante el mecanismo de la conciliación en equidad y funcionan en condiciones logística y locativamente muy similares.

Los pocos estudios disponibles permiten hacerse una idea del perfil de los usuarios que tienen estos operadores. La mayor parte son mujeres (56%) en situación de pobreza (61% están en el sistema subsidiado de salud y 74 % son de los estratos 1 y 2). Llama la atención que, entre los beneficiarios, el estrato uno es el que recibe mayor atención en proporción a la población del país⁴⁰¹. Así, el 26 % de las personas

⁴⁰⁰ Cifra que desde hace diez años viene en retroceso por problemas de diseño legal de los que hablaremos más adelante. (#109)

⁴⁰¹ Muy diferente de lo que se presenta con los otros operadores de la conciliación: “Por contraste se deriva que las personas con bajísimos ingresos no usan los MASC. De igual forma no hacen parte del perfil de usuarios de la conciliación, la población de varones, adultos mayores, personas en busca de trabajo o en incapacidad para trabajar, de estratos altos 5 o 6, personas con viviendas precarias, económicamente sin ingresos, o por el contrario con ingresos superiores a \$2'000.000 de pesos. Personas que reciben como ingreso un subsidio o que trabajan por días o jornal. En baja proporcionalidad no acuden quienes pertenecen al



que reciben gestión de sus conflictos son de estrato 1 (siendo el 9% la población general), el 46% de estrato 2 (para un 42 % del total poblacional), 24% el estrato 3 (frente a 30 en total) y el estrato 4, un 4% (de un 9% que representa). Contrario a lo que se esperaba⁴⁰², la mayoría de los actores de los conflictos que tramitan, son población urbana (90,5) (Vallejo, 2011)⁴⁰³. Por su bajo número y localización, los conciliadores y los jueces de paz están lejos de constituir una oferta accesible para la mayoría. Por ejemplo, en la Encuesta de Necesidades Jurídicas (La Rota, Lalinde & Uprimny, 2013, p. 80) la población en extrema pobreza ante todo acude a las autoridades administrativas y la fiscalía y luego a lo que más le transmite autoridad para el amparo en sus derechos: las juntas de acción comunal (26,3%), las oficinas de quejas y reclamos (26,6%) o acudieron a alguien cercano (27,7%). El 0,9% pudo acudir a un centro de conciliación o arbitraje, y el 0,5% a un conciliador.

El trabajo de Vallejo concluye que es importante el impacto que tienen estos operadores en la conflictividad donde actúan. Nueve de cada diez casos se concilian y tres cuartas partes cumple totalmente el acuerdo. En los demás casos, generalmente las partes acuden a la misma instancia, mientras que un 25% acude a otras instancias muchas veces en busca de movilizar la fuerza coactiva del Estado⁴⁰⁴, en algunos casos

registro Sisbén.”. (La Rota, Lalinde & Uprimny, 2013, p. 103)

⁴⁰² Esto último parece consecuencia de la manera como se constituye la oferta. La mayor parte de los operadores reside en las cabeceras porque los programas limitan sus alcances a las áreas más pobladas a fin de reducir costos y se apalancan sobre infraestructura que suele estar en esas mismas zonas.

⁴⁰³ Estos datos deben contrastarse con los que se tienen para la conciliación que se encuentran en la se derivan de la Encuesta de Necesidades Jurídicas (Vallejo, 2011, p. 51) donde evidenció que la mayoría de los usuarios pertenecen al estrato tres. En general, los usuarios de la conciliación pertenecen al estrato 3 y sólo el 30% pertenecen al sistema subsidiado de salud. El 90% de los casos que llegan a audiencia obtiene conciliación.

⁴⁰⁴ Una cuarta parte de esos casos (1,5 del total) acude a inspecciones de policía por ser la autoridad competente en proporción a asuntos de deudas y convivencia).



en busca del mérito ejecutivo que ofrece la ley para estas decisiones⁴⁰⁵. El 87% de los usuarios se muestra satisfecho con la gestión recibida (obsérvese que deja satisfechas en muchos casos a las dos partes, posiblemente por el acuerdo y su cumplimiento) mientras que la inconformidad se asocia con la falta de acuerdo o su incumplimiento, no con el procedimiento y el contenido de las decisiones.

Los operadores de justicia son personas de diferente talante que, si bien muchos tienen raíces en las comunidades beneficiarias, la mitad de los usuarios no sienten identidad comunitaria con ellos. Ese distanciamiento se produce en un contexto en el que los operadores fundamentan su autoridad en la condición estatutaria o en reales o pretendidos vínculos orgánicos en el Estado, la presión y el control de entidades, la formación legalista que reciben y la agremiación como una suerte de funcionariado. En buena parte estos actores poco se preocupan de que su trabajo corresponda con lo que es justo en la comunidad. Como lo señala Vallejo (2011), especialmente en zonas urbanas cada vez se sustentan más en las leyes y en los procedimientos legales⁴⁰⁶ que en los sentimientos de justicia que hay en la comunidad. De acuerdo con Merry (2003) esa sería la tendencia general en este tipo de procesos, serían figuras puramente transitorias desde la marginalidad hacia la ciudadanía. (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiego, 2015)

⁴⁰⁵ Eso sería el 40% de los casos (2,4% del total de los casos asumidos) y obtienen el cumplimiento en alta proporción (un 36% de los casos) a pesar de que, como se verá, en muchos casos los juzgados deciden negativamente sobre la eficacia de los actos jurídicos por su calidad u otras causas.

⁴⁰⁶ Puede ser en busca de argumentos de autoridad “indiscutible” en busca de lo fácil que es decir qué es la ley, en lugar de permitirse que sea el ejercicio comunitario el que lo decante.



RECAPITULANDO.

Para partir de un piso de realidad acerca de los procesos de justicia comunitaria existentes en el territorio nacional, nos aproximamos a los tipos de figuras más representativos poblacionalmente a partir de los ejemplos que se encuentran en contextos culturales muy diferentes entre sí. En cada caso las figuras de JC se transforman a sí mismas y participan de la transformación de las dinámicas de administración de justicia de diversas maneras.

La población indígena totaliza más del 3% de la población del país, distribuidos en un centenar de etnias, cada una de las cuales dispone de sus propios sistemas de justicia. La mayoría de los cuales viven un constante desarrollo. Por ejemplo, el cabildo, Nasa, y el palabrero, Wayuu, emblemáticas de la justicia comunitaria tradicional en Colombia, alcanzan su configuración actual en el periodo republicano de nuestra historia. Los cambios están determinados por los cambios de las comunidades en las que operan y por las relaciones con el entorno. Hoy las diferentes figuras de justicia indígena han asimilado elementos de la justicia occidental que, aunque está muy poco presente a través de sus órganos, cuenta con dispositivos de incidencia a través de sus troqueles coloniales.

Más de un diez por ciento de los colombianos declaran pertenencia a una comunidad afrodescendiente ligados históricamente a unas estructuras comunitarias que prosperaron a lo largo de más de un siglo de aislamiento geográfico. Su justicia desde hace un cuarto de siglo está fuertemente amenazada. Las comunidades están sometidas a una diáspora causada por el conflicto armado y la violencia de las organizaciones mafiosas que vienen adueñándose de los territorios de propiedad colectiva. Las autoridades, fuertemente golpeadas, se debaten entre recuperar los sistemas de gestión de conflictos más tradicionales, reivindicando una jurisdicción propia similar a la establecida para las comunidades indígenas, o apropiarse de las figuras



legales de amigable composición y conciliación en equidad, con el soporte de los consejos comunitarios.

Las figuras de JE, conciliación y justicia de paz, prosperan en zonas muy diferentes del país. Aunque, por la orientación que han tenido los programas de implementación, predominantemente se han dirigido a la atención de áreas de caos. El caso de Bello es ilustrativo. La ausencia de claridad en las normas sociales había llegado a niveles generalizados y fatales. Como su vecina Medellín, acusaba unos niveles de violencia gigantescos. Ante un conflicto sólo había dos opciones: someterse o estar dispuesto a escalarlo hasta comprometer la vida. La conciliación en equidad ha sido un camino que se viene transitando para construir los canales de convivencia. Ante un conflicto, las personas encuentran un medio para tramitarlo sin acudir y reforzar a los actores armados. Cada caso atendido es un paso que la comunidad da hacia fuera del caos. Las normas de convivencia van emergiendo de los acuerdos. Al igual que en otros municipios, en Bello ha sido una herramienta de construcción de tejido social y establecimiento de condiciones para la convivencia pacífica. La justicia en equidad está presente en una cuarta parte de los municipios del país donde se sitúa la mitad de la población pero apenas actúa sobre una parte de ella.



II. ¿Podemos hablar de justicia comunitaria?

(#92) En esta sección nos interesa establecer los alcances, la utilidad y la pertinencia del concepto de justicia comunitaria para caracterizar y analizar las experiencias de administración de justicia en las que intervienen personas de las propias comunidades tanto en las áreas de orden no estatal como en las de caos. No constituye nuestro objeto de análisis un amplio conjunto de dispositivos legales e ilegales (como las organizaciones mafiosas) que actúan desde el exterior sobre las controversias de esos entornos. No nos ocupamos aquí de cualquier experiencia de gestión infraestatal⁴⁰⁷ en una nueva etapa de la relación Estado –sociedad civil en la que los conflictos comunitarios se intervienen por parte de diferentes tipos de actores. Allí, como se viene observando desde hace un par de décadas, se hace necesario incluir figuras que surgen tanto de la reorganización del Estado, como de la intervención de actores del mercado, al que se suman las instancias propiamente comunitarias. De eso ya dimos cuenta suficiente para los límites de esta investigación en el capítulo tercero (#63, #64, #65, #66 y #67,). No nos interesa analizar aquí ese conjunto amplio las instancias que, siendo parte de la propia comunidad, gestionan

⁴⁰⁷ Con otro interés, trabajamos ampliamente con este concepto y algunos que presentamos más adelante en una obra anterior (Ardila, 2002a).



conflictos a partir de sus propias estructuras de poder y a partir de sus propios referentes normativos.

Para lo cual, a continuación sustentaremos las razones por las que consideramos que ésta es la manera adecuada de denominarla para los propósitos de este trabajo, frente a conceptos tan conocidos como el de justicia informal, alternativa o popular, entre otros. Con ese propósito, luego de deslindarla conceptualmente, intentaremos una aproximación al concepto de JC y propondremos una clasificación, tras la cual podamos ubicar las experiencias colombianas.

A. Conceptos

(#93) Mecanismos alternativos o informales de solución de conflictos o justicia informal y alternativa se suelen usar en Colombia como sinónimos del de justicia comunitaria, es necesario decir que son diferentes. En esta sección vamos a sustentar que esta última categoría es la más adecuada para dar cuenta de las experiencias que hemos venido acotando en este trabajo. Para precisar la extensión del concepto de JC y para demarcar la parte de la realidad que comprende, se hace necesario, en primer lugar deslindarlo de los otros conceptos que suelen utilizarse. Todos estos conceptos abarcan intersecciones ontológicas que dificultan la delimitación conceptual.

Para empezar, la primera palabra de la categoría “justicia comunitaria” incluye una referencia a la A de J. Las llamadas alternativas de resolución de disputas (ADR), los mecanismos y medios alternativos de solución o resolución de disputas (MASC o MARC), gestión y tratamiento de controversias, en principio definen metodologías de acción sobre los conflictos en sí mismos y, aunque su promoción se funda también en la crítica del sistema judicial, rara vez se categorizan a sí mismos como modelos de A de J. A partir de la crítica a la imposibilidad para el derecho de atender la



conflictividad en general y, en cada caso, de penetrar en todas las dimensiones del conflicto, los autores que participan de esta corriente (por ejemplo Gessner, 1988; Carbonnier, 1982; Bevan, 1992; Duffy, 1996; Atienza, 1998 ; Liebmann, 1998; Redorta, 2005) se concretan en el análisis en el manejo interno de cada conflicto, en busca de sus diferentes dimensiones sociales (como la participación en organizaciones sociales, o la pertenencia a redes, o relaciones consideradas extrajurídicas) o psicológicas (como la afectiva o la emocional) que son impensables desde el sistema de derecho frente al cual surgen estas dinámicas de manejo de conflictos.

Entre los juristas este enfoque en las lógicas para la intervención en los conflictos no tiene mayores críticas. Sin embargo, se ve muy limitado en sus alcances porque se supone que las decisiones que se produzcan, por su pretendido centramiento en el manejo de cada caso, no responden ante normas generales ni impactan en ellas. Pareciera que, por no dejarse encerrar en los límites de la juridicidad oficial, renunciaran a todos los referentes sociales para el manejo de cada caso de conflicto. Lo que lleva a que no se considere una idea de justicia que oriente las actuaciones y por ello los mecanismos no se llaman de A de J sino de manejo de conflictos. Lo cual se hace no a partir de una actuación de sujetos o instancias que representan al colectivo social sino sobre la base de que las decisiones dan cuenta de la voluntad de las partes. En el enfoque de los ADR, la justicia no es lo importante. Quizás es aquí donde es más pertinente la crítica que se hace sobre el tipo de soluciones subóptimas⁴⁰⁸ que se producen por fuera de las garantías formales del derecho estatal.

Estas figuras constituyen un amplio escenario de prácticas y de estudio que se ha extendido a todo el mundo gracias a políticas promovidas desde entidades de

⁴⁰⁸ Las soluciones subóptimas son aquellas en las que un conflicto se zanja con una decisión que, si bien puede tener el consenso de las partes puede ser contextualmente desfavorable a (1) una de las dos; (2) o a las dos; (3) o a un tercero. Sobre decisiones voluntarias injustas puede verse: (Gutiérrez, 1997, pp. 87 y ss.)



cooperación bilateral y multilateral y mediante elaboraciones académicas lideradas por universidades norteamericanas, como la de Harvard. Sus aportaciones son asumidas en los más diversos contextos culturales y por muchas instancias de JC, aún las más tradicionales. Como se ilustró en el capítulo tercero (#78), buena parte de los países latinoamericanos han introducido programas de implementación⁴⁰⁹ que se definen como de desarrollo de los Mecanismos Alternativos de Solución o Resolución de Conflictos, según la denominación que se le da en Latinoamérica.

(#94) En segundo lugar, el concepto de JC se refiere a un conjunto de fenómenos precisables en realidad. Por tal motivo su análisis y conceptualización no se centra en el entendimiento y la negación del SJ construido en las sociedades occidentales. El estudio de las instancias, los procedimientos y las metodologías de intervención en los escenarios comunitarios exige un esfuerzo que, aunque no riñe y puede ser complementario con la inteligencia de las estructuras dominantes, requiere no sólo de esfuerzos particulares sino también del desarrollo de conceptos y metodologías específicas. La JC apenas puede ser comprendida parcialmente en las dicotomías que subyacen a las categorías de justicia privada (pública –privada), justicia informal (formal-informal), justicia alternativa (convencional-alternativa) con las que se suele denominar todo lo que no cabe en los modelos dominantes de administración de justicia.

La JC resulta muy difícil catalogarla como justicia privada. Algunos de los autores recién mencionados y otros como Bowman, Hakim & Seidenstat (2000); Ray (2000) y Zher (1995) hablan de justicia privada para reivindicar el protagonismo de las partes en la gestión de los conflictos a partir de un argumento teórico. Según ellos,

⁴⁰⁹ Uno de ellos en Colombia es el de la Conciliación en Equidad que, siendo una figura que reclama referentes y soportes comunitarios, aparece de manera más o menos precaria en los reglamentos legales para los MASC.



si cada parte es dueña de su pretensión, entre las dos son dueñas del conflicto porque éste se constituye como la sumatoria de sus intereses y de sus pretensiones. De allí derivan que administración de justicia debe ser considerada predominantemente privada y, por tanto, los conflictos corresponde tramitarlos a las mismas partes. Eso no significaría que, desde la corriente en la que participan estos autores, no haya necesidad de una justicia pública (estatal). Pero, a su entender, ella debe limitarse a aquella parte de los conflictos en donde es pertinente la retaliación porque no puede dejarse en manos de todo aquel que quiera ejercerla y debe ser reducida al mínimo. Sólo cabe en ciertos asuntos penales en los que resulta preferible y debe hacerse predominar incluso frente a los intereses de las víctimas.

(#95) El concepto de justicia alternativa ha sido más ambiguo en nuestra región porque, al menos por unas décadas, no fue unívoco el concepto de lo convencional que se le pone al frente. En los países centrales, tanto en la misma tradición académica norteamericana como en algunas europeas, no se trasciende los procedimientos de A de J. Mientras tanto en las corrientes ligadas a la crítica jurídica latinoamericana de los 80 y 90's se da cuenta de una perspectiva diferente. En los primeros, lo alternativo se refiere a mecanismos que administran justicia mediante procedimientos, que de ser elegidos, facilitan y hasta refuerzan y complementan al judicial ⁴¹⁰ sin que signifiquen contestación o ruptura con el orden político económico⁴¹¹.

En el siglo XX tardío, la justicia alternativa se propuso en América Latina como una ruptura con el derecho establecido y el orden capitalista. En esta vertiente

⁴¹⁰ Cabe mencionar aquí la crítica que hace Fitzpatrick quien señala que no puede hablarse de alternatividad al sistema de justicia en estos mecanismos cuando, en realidad lo que hacen es subsumir bajo las formas jurídicas aspectos (relaciones sociales, acciones) que de otra manera el derecho no podría abarcar

⁴¹¹ Más cercanos pero también diferentes son los movimientos, principalmente de jueces, de Uso Alternativo del Derecho que se desarrollaron por la misma época en el sur de Europa y en Brasil y otros países latinoamericanos. (Souza, 2001, pp. 263-266).



cobraron desarrollo las elaboraciones de Manuel Jacques en Chile, Miguel Presburguer en Brasil, Jesús de la Torre en México, entre otros (Pressburguer, 2002, pp. 213-224). Al terminarse el segundo milenio, por sustracción de materia, se había impuesto en el subcontinente una idea de justicia alternativa limitada a la formas. Las alternativas no tienen que ser de un tipo preciso. Pareciera que en el concepto cabe cualquier figura que no sea la propiamente judicial: "(...) nos encontramos con un terreno movedizo. Algo hay en la justicia alternativa de todo lo que hemos indicado: nuevos procedimientos, un objetivo más restitutivo o de autocomposición, menos institucionalización, o informalidad y más comunidad o Sociedad Civil. Pero estas tendencias o rasgos no deben ser tomadas muy a pecho" (Borrero, 2003, p. 9).

El orden jurídico estatal necesita alternativas para regular mejor la sociedad. Lo judicial se ve como parte de la solución pero se hace necesario reforzarlo. Las diferentes que se consideran distan de ser contestaciones o desafíos al orden imperante y al sistema político económico. En la argumentación en su favor, la justicia alternativa se ofrece como vía adecuada para que la economía de mercado fluya con mayor facilidad y, también, para facilitar el acceso a la justicia de los sectores que están en el margen de los beneficios del sistema económico y social.

(#96) Otro término muy usado para denominar las instancias y las experiencias objeto de estas páginas es la justicia informal, también como opuesta a la judicial, que se designa como formal. Si consideramos lo dicho en la sección anterior sobre las experiencias de justicia propia, veremos que ese concepto tendería a ser inaplicable en muchos casos. Es decir, que el concepto no serviría para caracterizar muchas de las prácticas de justicia de las comunidades. Pero esa no es su única limitación. En el otro extremo se presenta demasiado amplio e impreciso porque reúne en un mismo concepto figuras que poco o nada tienen que ver entre sí y son definidos desde enfoques y autores de corrientes y épocas no fácilmente asimilables (Abel, 1982; Bonafé-Smicht, 1991; Cain, 2000).



El elemento caracterizador de esta justicia no sería un concepto preciso de informalidad. En lo único que todos concuerdan es en que las figuras que consideran no operan bajo la formalidad del sistema judicial occidental. Sin embargo, cada uno desde su rincón, todos omiten que en muchas de las figuras hay formalidades y, en esa medida, son sistemas de justicia que habrían de ser catalogadas como formales desde una óptica no propia de lo judicial estatal (Cain, 2000; Abel, 1982; Bonafé-Smicht, 1991). Procedimientos de comunidades indígenas (de América, África y Asia) los de justicia tradicional (como en el caso Japonés y Chino), los de justicia revolucionaria (como los de Portugal o Mozambique) y el movimiento de transformación en el manejo de conflictos que se viene presentando en los países centrales (como Estados Unidos y Europa occidental) (Abel, 1982). También se pueden llamar justicia informal a casos como en el conocido de Malepole recurrentemente extrapolada, en el que a juicio de Griffiths, simplemente despoja de las garantías formales los derechos de las personas más débiles, especialmente las mujeres (Griffiths, 1996). O, desde un ángulo más limitado, llamar informal a cualquier dinámica que busca tramitar conflictos, sin garantizar derechos (Garth, 1982). Dentro de ésta estarían casos como el de los centros de justicia vecinal que busca optimizar los recursos mediante su ubicación en ámbitos locales (Harrington, 1982); o las redes de mediadores coordinadas por las cortes (Hofrichter, 1982) son subsumidos por autores en diferentes épocas.

La informalidad en la justicia tiene que ver con tres elementos: (1) son informales los procedimientos; (2) se prioriza la justicia material sobre la formal y (3) y las instancias de manejo de conflictos no son profesionalizadas. Si bien buena parte de los procesos de JC de que damos cuenta en este trabajo se pueden caracterizar por alguna de ellas, esa no es su característica dominante y tampoco puede definirse como la nota que la diferencia de otras modalidades de A de J. Como se ha dicho, el concepto de justicia informal no es el adecuado ya que, con impropiedad, se suele llamar justicia informal a la justicia que no corresponde al SJ imperante en las sociedades occidentales. Allí se incluye a los fenómenos que hemos delimitado en este trabajo.



Por supuesto, allí estarían las figuras de JP y CE y otras muchas que expresamente se han definido como informales por las leyes. Pero, también instancias de JPR indígena o afrodescendiente que han venido experimentando un fuerte proceso de formalización en cuanto a los procedimientos y las instancias mediante las cuales se tramitan los conflictos.

Al hablar de JC se está dando cuenta de que el elemento caracterizador está determinado por un grupo humano dentro del cual se desempeña: la comunidad. Hay un ámbito de referencia social para esta modalidad de justicia, y este constituye el primer elemento que la caracteriza. Las categorías de justicia local y la justicia popular, muy usadas en la tradición anglosajona, se definen también desde el colectivo donde operan pero tienen algunas diferencias que es preciso aclarar. La expresión “justicia local” ha sido usada en la tradición anglosajona (Raine, 1989) y con ella se da cuenta principalmente del marco espacial más cercano sobre el cual actúan estos mecanismos de A de J. Si bien el local fue un concepto muy afortunado para entender las justicias más dinámicas de la edad media en toda Europa (#37) y buena parte de la modernidad (Hespanha, 1989, pp. 365 y ss.) y para designar la figura de los JP, durante las últimas dos décadas se vienen retomando sus planteamientos hacia del concepto de justicia de proximidad que viene prosperando en diversas zonas de Europa desde fines del siglo XX (Armenta, 2006, p. 23), ya sin el peso identitario que puede leerse en los tiempos pretéritos⁴¹².

(#97) Los términos justicia popular y JC, aunque usan más el primero, son recurridos de manera indistinta por autores como Harrington, Fitzpatrick, Santos,

⁴¹² En Inglaterra, la justicia local existe desde el siglo XIV y surgieron con el nombre de magistrados de paz porque tenían la función de evitar que los conflictos se volvieran una guerra. (Raine, 1989, p. 4) hoy se llaman Comisiones de Paz (Raine, 1989, p. 12). Es el modelo más experimentado de “Justicia de proximidad” y representa una opción decidida por encomendar la justicia a los legos y paralelamente implicar a los ciudadanos, opción que se acompaña con el menor rigor formal y otras características propias de los llamados métodos alternativos a la administración de justicia” (Armenta, 2006, p. 23).



Merry y Depew, quienes las usan como sinónimos en sus obras. En nuestro sentir, son conceptos diferentes⁴¹³. La expresión justicia popular, si bien ampliamente difundida en la bibliografía anglosajona, aunque se suele atar a dinámicas progresistas que orbitan en la izquierda política, es un poco imprecisa. Autores como Foucault (1988), Santos en un momento (1991) y Nina (1993 y 1995) remiten la denominación a experiencias revolucionarias⁴¹⁴. En cierta medida, por su denominación típica la justicia popular termina siendo limitante en cuanto a los fenómenos que se pretende abarcar porque se suele atarlos a un proceso de resistencia al Estado capitalista. Nina, busca deliberadamente diferenciar la “justicia popular” de las otras justicias señalando que todas las demás denominaciones se inscriben y subordinan dentro de la perspectiva de la hegemonía de la justicia estatal. El puertorriqueño, en cambio, define lo popular como la justicia “que emerge de los procesos orgánicos localizados al nivel de la comunidad, donde las relaciones de clase y las resistencias todavía existen en una forma que es autónoma” (Nina, 1993, p. 15). En la misma dirección Garlock sustenta el concepto. Para ilustrarlo, da cuenta de una experiencia que no duda en catalogar como de justicia popular una experiencia de resistencia a la explotación capitalista, como es el caso que se presentó en Filadelfia desde 1986 en la Orden de los Caballeros del Trabajo que orientaron las decisiones hacia una normatividad anticapitalista (Garlock, 1986, p. 28)⁴¹⁵.

⁴¹³ Esta diferenciación se hace más allá de la necesidad surgida en Colombia, en medio del conflicto armado, donde, como se dijo (#97) la guerrilla ha catalogado de justicia popular muchas de sus decisiones en la lógica amigo-enemigo.

⁴¹⁴ Nina, en el caso de Suráfrica, plantea la existencia de tres tipos de justicia (i) una que simplemente obra como extensión del control social del Estado; (ii) otra que disputa con él la soberanía, que sería popular, (iii), y otra que se llamaría comunitaria, que busca autonomía frente al Estado pero reconoce legitimidad estatal, con lo incrementa los recursos estatales de control social. (Nina, 1993)

⁴¹⁵ Precisamente este punto tiene muy gruesos cuestionamientos a propósito de la experiencia más destacada en la década de los ochenta. Bárbara Yngverson (1995, p. 391) resiente que los operadores de justicia no hacen parte del mismo entorno que las partes en el conflicto y la gestión del mismo es una práctica de imposición de los primeros sobre los segundos.



La diferencia entre estos tres últimos conceptos se puede simplificar así: el referente de la justicia local es espacial; el de la justicia popular, es político y; el de la justicia comunitaria, es cultural. Como lo veremos, el concepto de *justicia comunitaria* se adecúa con precisión y alcance al foco de este trabajo no sólo porque goza de una buena aceptación (además de los autores que lo usan junto con otras denominaciones tenemos por ejemplo a Nader, 1984; Hofritcher, 1982; Brandt, 1990; Duffy, 1996; Clear & Karp, 1998; Comaille, 2000); en la medida en que, además de ser comprensivo de las dinámicas de justicia en las que venimos trabajando ofrece un marco de referencia social para el manejo de los conflictos diferente al del derecho estatal sin que necesariamente esté inscrito en una perspectiva de cambio revolucionario o de resistencia al capitalismo; ni se limite en sus alcances a una zona geográfica

Más arriba mostramos que los referentes culturales no son la única opción para entender estas dinámicas de justicia y conviene que diferenciamos aquí esta perspectiva de las otras dos mencionadas: la espacial y la política. En cuanto a la primera, hemos dicho que el referente “local” no es lo suficientemente comprensivo de estas dinámicas de justicia y, aunque muchas comunidades se debaten en un contexto local, no todas son locales y algunas, aunque estén sustentadas en dinámicas espacios próximos, no pueden reducirse en él, sin desconocer elementos fundamentales. Por ejemplo, al igual que muchos pueblos indígenas de diferentes países y de Colombia misma, los Otavalos, se originan en el norte del Ecuador, de donde se han venido irrigando como comerciantes hacia muchos países del mundo a lo largo de los siglos. Hoy la comunidad no puede reducirse espacialmente al municipio de Otavalo (Ecuador) ya que la cultura de ese pueblo sólo podría ser representada espacialmente como una cultura de dimensiones planetarias.

Fitzpatrick (1995, p. 463) denuncia la actuación informal y contextualizada de los operadores es en la práctica un mecanismo de subordinación de dimensiones de la vida y de la conflictividad al derecho capitalista.



En cuanto al referente “popular” presenta el problema, del que dimos cuenta más arriba (#97), de ser más impreciso sociológicamente, en el sentido de que el concepto de pueblo tiene muchas ambigüedades y no es fácil tener un punto suficientemente claro de lo que el término significa. Sobre todo en un escenario en el que las lógicas de resistencia y de lucha revolucionaria son menos precisables en la actual etapa. Con lo cual se excluirían la mayoría de las experiencias e instancias.

En todo caso, lo que importa dejar sentado es el relieve que tiene el referente social de las acciones de los mecanismos de JC. No sólo porque al existir impone un control que atenúa los acuerdos subóptimos (contra una o ambas partes o contra un tercero) sino también porque es un medio para que la producción de las decisiones se haga en orden al sentimiento de justicia que es dominante en un entorno social determinado. De tal modo que se convierten en un factor de producción y reproducción de sentimiento de pertenencia y, por esa vía, de la comunidad misma.

B. Qué entendemos por justicia comunitaria

(#98) Al acercarnos a un concepto de justicia apropiado para entender las realidades que nos ocupan en este trabajo es conveniente precisar que, entre algunos académicos, vinculados a la tradición restaurativista del derecho penal, suele hablarse de JC y justicia restaurativa como sinónimos (Bazemore & Schiff, 2001, pp. 21 y ss.; Bazemore y Dooley, 2001, pp. 121 y ss.) Debemos decir aquí que aunque el término sea el mismo, el concepto de JC, si bien cercano, no es el mismo. La JR se establece y opera a través de ejercicios de participación comunitaria y, con una perspectiva muy simple, Karp llama JC a las dinámicas de justicia que se coordinan en los espacios comunitarios. En particular en lo que tiene que ver con los ejercicios de control de la



criminalidad en los que se cuenta con la vinculación de actores y escenarios comunitarios en la ejecución de proyectos de las entidades encargadas del control del delito y actividades proactivas sobre problemas identificados, descentralización de autoridad y responsabilidad e, incluso, ejecución de decisiones o seguimiento de medidas que se tomen (Karp, 1998, pp. 12 y ss.). En otro trabajo en el que el mismo profesor es coautor se ve la JC como instrumento de control social.

Cuando se está hablando de justicia restaurativa el concepto de comunidad es muy limitado al campo penal y se refiere, de un lado, a la manera como se implica a la comunidad tanto en los procesos judiciales y de lucha contra el delito pero también, a la necesidad de considerarla destinataria de la restauración que se produce en el proceso. Su foco es el de la realización en la comunidad de políticas que permitan controlar el delito mediante procesos educativos, de bienestar de la comunidad e, incluso, propiciar que actúe directamente sobre las actividades delictivas. Cuatro elementos coadyuvarían a considerar comunitaria la JR, incluso cuando se administra por parte de una autoridad judicial ordinaria: (i) coordinación de actividades de gestión, de decisión y seguimiento de los conflictos al interior de la comunidad (entendiendo comunidad desde el sentido de pertenencia a ella); (ii) actividades proactivas sobre problemas identificados, (iii) descentralización autoridad y la responsabilidad; y participación ciudadana (Karp, 1998, p. vii).

Sin embargo, nosotros aquí trabajamos con una perspectiva más amplia del concepto de JC. Desde nuestra opinión, lo principal del concepto es que se trata de un sistema de A de J vinculado a la identidad de los actores de los conflictos que se le someten y en la cual son las personas que tienen autoridad de las comunidades a las que pertenecen los implicados los llamados a gestionar los conflictos a partir de los patrones culturales que predominan en ella. Se trata de mecanismos de intervención en los conflictos que tienen en cuenta que los mismos se producen, se desarrollan y se transforman desde determinaciones culturales, que son explicables desde fundamentos *etics* (para los observadores externos a la cultura) y *emics* (para los



participantes de la propia cultura) (Harris, 1984). La JC parte en su operación de los mismos resortes culturales en los que se producen los conflictos.

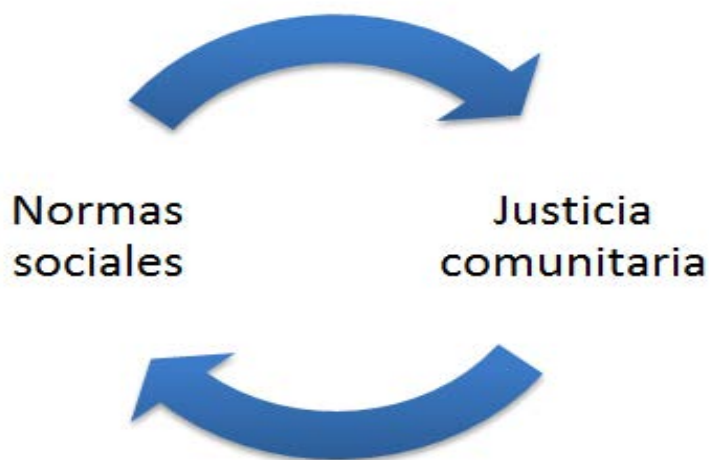
La expresión “justicia comunitaria” hace relación con los conceptos de A de J y de comunidad. Es A de J en tanto se desenvuelve en el campo de la regulación social: parte de referentes normativos que la preceden y produce mandatos en los conflictos específicos. Es comunitaria en tanto su capacidad regulatoria está enmarcada por dinámicas de identidad y pertenencia a un grupo humano. El acatamiento de las mismas normas y el reconocimiento de las mismas autoridades surgen de la identidad con un grupo en el que están inscritos y esa identidad es la que posibilita que los operadores de JC intervengan y regulen.

El término de JC cuenta con amplios desarrollos en el mundo académico tanto en el derecho como en la antropología, la sociología y la politología. Nader (1984) trazó una senda por la cual han transitado estudiosos norteamericanos (Bazemore & Shift, 2001), europeos (Brandt, 1987; Santos, 2001; Hespanha, 1999), africanos (Nina, 1993), latinoamericanos (por ejemplo Wolkmer, 1994; Peña, 1998; Chivi, 2009). Gracias a los aportes de todos ellos se ha logrado una precisión conceptual que la enmarca dentro de las dinámicas de A de J que proceden y deciden con referentes principales propios de un entorno cultural específico (la comunidad). Un buen número de autores dan cuenta del mismo conjunto fenomenológico mediante denominaciones diferentes como “decisión comunitaria de conflictos” (Crocker, DuPraw, Kunde & Potapchuk, 1996; Dukes, Piscoish & Stephens, 2000); “mediación comunitaria (Coy & Hedeem, 1998, Varona, 1998, Duffy 1998); “justicia vecinal” (Hofrichter, 1987, Shonholtz, 1984).

En la JC, las dinámicas de A de J se realimentan mutuamente con las de producción y transformación normativa, se cuenta con un conjunto de instancias, normas y procedimientos socialmente vigentes, sustentadas en la normatividad propia, mediante los cuales se regulan los comportamientos legítimos entre las partes

y su entorno. Pero esa es sólo la mitad del ciclo. El impacto de sus actuaciones trasciende a las personas implicadas directa e indirectamente en los conflictos y produce una recreación de la normatividad social en las que se desenvuelve, así:

Ilustración 12. Producción de la normatividad social



Las actuaciones y las decisiones que toman las instituciones comunitarias de A de J, a través de los procedimientos pertinentes, producen un efecto regulatorio que va más allá de los límites de los conflictos específicos que llegue a atender. Más allá de eso, afecta al conjunto de la comunidad en la medida que subraya, prioriza, ordena e interpreta la manera como las normas sociales orientan los comportamientos. Al hablarse se JC se asume que hay un horizonte colectivo que trasciende a las partes y es el ámbito cultural en el que ellas actúan de modo que la intervención en los conflictos no es un asunto sólo sujeto a la voluntad de las partes sino que hay conjunto humano que será mediatamente impactado por la forma que se actúe en la atención al caso y por las decisiones que se tomen en ella.

Ese horizonte colectivo se traza desde la comunidad a la que pertenecen los actores y desde la que se regulan los comportamientos y los conflictos. A partir de



Weber, definimos la comunidad como un conjunto de relaciones sociales que “se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo” (Weber, 1984, p. 33). La existencia de ese sentimiento de pertenencia es el puente que permite que los actos procedimentales y decisorios de esos mecanismos de justicia interpelen de manera presente o diferida a los miembros de una comunidad determinada⁴¹⁶. La pertenencia es la otra cara de la identidad y puede ser definida como el sentimiento compartido entre un actor y otros de que el mismo hacen parte de un mismo colectivo o conjunto social. El sentimiento de pertenencia surge de lo que se es y, por tanto, es la identidad la base de la pertenencia. Para pertenecer a una comunidad se requiere ser como está regulado en ella, es decir comportarse según las reglas de conducta que hay en ella. Las normas constituyen el esqueleto de la comunidad, según Tönnies, configuran la identidad. La identidad se define por lo que es el grupo que la ostenta y una comunidad se diferencia de otra por la manera como actúa. La pertenencia de un individuo a una comunidad se define como la correspondencia en lo que un individuo es en relación con el grupo. La identidad define las normas de conducta y actuar según ellas produce pertenencia. La comunidad constituye al individuo. (Tönnies, 1947, pp. 29 y ss.)

La identidad determina lo que Tönnies llama *voluntad esencial*. Y ella es la que determina los comportamientos que se tienen porque parten de lo que se es –el modo de ser andaluz es diferente al de otras regiones de España y el que lo es tiende a comportarse de modo andaluz. Esa voluntad esencial tiene condicionantes colectivos tácitos que llegan a convertirse en imperativos, muchas veces inconscientes: “Voluntad o deseos originados por la experiencia: ideas originariamente indiferentes o desagradables llegan a ser agradables por su asociación y mezcla con otras

⁴¹⁶ Wolkmer (1994, p. 68) utiliza la noción de comunidad para referirse a un conjunto social vinculado por un espacio geográfico, caracterizado por unos intereses comunes e identidad propia. Siguiendo a Wolff (1990), plantea que la comunidad puede ser afectiva (reciprocidad de conciencia), comunidad productiva (en cuanto a la generación de la riqueza) o racional (cuando se unen las voluntades por objetivos comunes y hacia acciones también en común).



originariamente agradables” (Tönnies, 1947, p. 128). La comunidad se convierte en el principal regulador de los comportamientos porque es el que, a través de la costumbre, sus prácticas y sus lineamientos tácitos, define cómo se debe actuar y cómo esperar que los demás actúen⁴¹⁷.

Es importante destacar que en el planteamiento del profesor alemán hay una herramienta de gran valor que permite entender la comunidad mucho más allá de los pequeños grupos aislados, comunidades falk, en los que fue confinado el concepto en cierta tradición sociológica en el siglo XX. La comunidad en Tönnies se presenta en los diferentes niveles en los que se produce la “frecuencia en las relaciones” en el que puede germinar el sentimiento común de pertenecer a lo mismo. Así, él propone que puede predicarse la existencia de identidad desde el vínculo madre-hijo hasta el de una nación entera, pasando por el de una familia, un pueblo, un grupo religioso. Cada uno puede pertenecer a varias comunidades, desde las cuales se determina lo que cada uno es y se prefiguran los comportamientos esperables⁴¹⁸.

Aquí sustentamos nuestra opción teórica fundamental, desde la que cobra sentido la pertinencia de la expansión y desarrollo legítimo de figuras de justicia comunitaria: que venimos sustentando desde el primer capítulo (#13) de esta obra: la

⁴¹⁷ Los procesos socializadores proporcionan sentido a las normas a través de símbolos y conceptos que se van acogiendo gradualmente como imperativos para las propias conductas por parte de cada individuo. La existencia de un sentimiento de pertenencia es el puente que permite que los actos procedimentales y decisorios de estas instituciones de justicia interpelen de manera presente o diferida a los miembros de una comunidad determinada.

⁴¹⁸ Independientemente de las normas y los vínculos sociales de corto plazo hay otros vínculos, más profundos y sólidos, que encauzan los comportamientos dentro de un grupo humano. Dahrendorf los llama “ligaduras” y Durkheim los reconocía como vínculos culturales debidos a fuerzas fuera del alcance de los individuos. Esos vínculos proporcionan la certidumbre que es base sobre la que se eleva la estructura normativa de la sociedad y en la que subyacen las más profundas pulsiones para el comportamiento de cada uno. Las “ligaduras” son el pegamento de la sociedad porque están en la base de la legitimidad y proporcionan los significados para las conductas (Dahrendorf, 1994, pp. 63-65).



ordenación de los comportamientos sociales se funda más en las estructuras culturales que en las normas jurídicas. “Lo que ata recíprocamente a los individuos socializados y asegura la integración de la sociedad es una red de acciones comunicativas que sólo puede tener éxito a la luz de las tradiciones culturales; y no, mecanismos sistémicos que no están al alcance de la comprensión intuitiva de sus miembros.” (Habermas, 1989, p. 223; Dahrendorf, 1994, p. 71).

C. Justicias comunitarias

(#99) Las figuras de justicia propia han germinado por las necesidades de regulación y de gestión de los conflictos que naturalmente se presentan en muchas comunidades. La tendencia general es que lo que hoy llamaríamos instancias y procedimientos de justicia comunitaria anteceden al Estado y han existido y actuado simultáneamente y en paralelo con la justicia judicial durante un periodo extenso de tiempo, aún en los países centrales. Antonio Hespanha sustenta ampliamente como aún a finales del en el siglo XVII, la mayor parte de las prácticas de administración de justicia se producían en las instancias comunitarias en el propio Portugal, (Hespanha, 1989, p. 365 y ss.) que era centro de un imperio, a pesar de que los discursos del derecho oficial y los escenarios judiciales las desconocían protuberantemente⁴¹⁹.

Como lo vimos en el anterior capítulo, por razones ideológicas o por necesidad de imponer su sistema de autoridad, la tendencia ha sido que el Estado trivialice,

⁴¹⁹ “Con otras palabras, incluso en las zonas en que la administración jurídica formal estaba ya establecida y donde el derecho escrito o erudito constituía el derecho oficial, el mundo jurídico tradicional, con sus ideas sobre el derecho, con su cuadro de fuentes, con sus instituciones se mantenía como sistema jurídico latente” (Hespanha, 1989, p. 368)



desconozca o persiga a cualquier figura de A de J que no se le subordine. Sobre todo si tales figuras se han producido en culturas consideradas atrasadas o por “razas” catalogadas como inferiores. Por tanto, la constante histórica ha sido el eclipsamiento de las más diversas formas de justicia que han ido emergiendo en las comunidades sometidas por los estados capitalistas modernos. Sin embargo, en el caso de América Latina en época reciente vienen dándose avances en el reconocimiento de distintas modalidades de justicias propias, en particular de las de las comunidades indígenas y, excepcionalmente, algunas de otros grupos culturales.

Tal reconocimiento no es homogéneo en la región. Aunque la tendencia ha sido la misma, las particularidades históricas y la postura de los actores nacionales que lideran el Estado plantean diferencias de país a país. Y también hay diferencias al interior de cada uno de ellos, ya que el reconocimiento constitucional difícilmente llega a cabalidad a todos los operadores jurídicos. La ideología de la superioridad de los saberes e instituciones occidentales sumada a un celo por el pretendido monopolio del sistema judicial en la A de J son un obstáculo que no ha podido ser remontado en ningún país de la región. Además, no se llega a reconocer con precisión la institucionalidad comunitaria que tienen otros grupos étnicos, como es el caso de los afrodescendientes⁴²⁰ y, mucho menos, con experiencias de justicia que no son tradicionales, como es el caso de las comunidades de paz, como ocurre en Colombia.

Con lo cual, por regla general, la eficacia de los sistemas de JC propia, cuando no existe reconocimiento estatal, no trasciende a sus propias comunidades. Por tanto, los sistemas de justicia y sus instancias tienden a perder eficacia en proporción a las relaciones externas y los correspondientes conflictos que se presentan entre la

⁴²⁰ Lo que efectivamente han tenido que hacer muchas comunidades afrodescendientes es un ejercicio de adaptación de sus instancias tradicionales a una figura recientemente creada por la ley: los Consejos Comunitarios. Así, la mayor parte de las competencias que las organizaciones comunitarias atribuyen a tales instancias son las establecidas por la ley estatal para la justicia en equidad (Consejo Comunitario Rescate Las Varas, 2013, pp. 6-17).



comunidad y sus integrantes con actores de fuera de ella. El reconocimiento estatal le ofrece a las instancias y procedimientos de JPR una herramienta que hace que las actuaciones se proyecten territorialmente apalancadas por el sistema jurídico nacional. Pero, como en el aluvión de un río, el derecho estatal deja pero también quita. Al producirse el reconocimiento de la justicia propia, correlativamente se incrementa la influencia del SJ en ella y, de manera gradual, se van asimilando sus discursos, sus prácticas y sus instancias a las que promueve el sistema judicial⁴²¹. De modo que las diferencias entre dos figuras de JC tienen que incrementarse cuando la una es reconocida y la otra no. Tal como puede observarse en diferentes países de la región en donde la justicia de las comunidades amerindias ha incrementado la asimilación del modo de trabajo de la justicia judicial, desde que cuenta con algún reconocimiento estatal, a diferencia de las instituciones de JPR de otras comunidades y etnias (como es el caso de la Kriss Romani, justicia gitana en Colombia).

Del otro lado, las figuras de JC que promueve el Estado, son de diferentes modalidades. Tomando como base la tipología de Merry (2003) podemos decir que el aparato político puede promover diferentes figuras de JC con distintos propósitos y con diferentes niveles de impacto. Apropiando la clasificación que propone la profesora de Nueva York al enfoque que planteamos, las figuras que promueve el Estado estarían: (i) en contextos tradicionales, se han desarrollado los JP en los países europeos desde hace más de dos siglos con el propósito de establecer una herramienta de gestión de conflictos con validez ante el sistema judicial nacional para las comunidades no integradas culturalmente; (ii) en contextos reformistas, han prosperado los juzgados de pequeñas causas como los que se implementaron en Estados Unidos desde hace un siglo, con la finalidad de proporcionar mecanismos efectivos de acceso a derechos para sectores marginalizados; (iii) en contextos

⁴²¹ En Bolivia se ha podido documentar la presencia de las formas judiciales y jurídico estatales como los testigos, el texto escrito (las actas y sus estilos, ciertos enunciados) y, sobre todo, las sanciones que se aplican en las diferentes experiencias de justicia comunitaria (Orellana, 2003).



socialistas, se han implementado los tribunales populares y otras figuras de justicia revolucionaria, que se dirigen a cimentar en procesos comunitarios participativos, la construcción de una administración de justicia revolucionaria⁴²².

Tabla 7. Tipología general de las Justicias Comunitarias

	Población	Tipos	Figuras
Surgida en la comunidad	Tradicional Nuevas comunidades	Compensación, medicina, autoridad espiritual. Acordadas deliberativamente	Palabrero, tulpá, cabildo. Concertadas. (Reglamentos internos)
Surgida en la comunidad pero reconocida por el Estado	Tradicional	Pierden importancia figuras no asimilables al torneo, sus garantías y sus formalidades.	Las mismas, transformadas por la interacción y las exigencias de los estrados judiciales
Promovida por el Estado	Cultura tradicional Marginal capitalista Revolución	Tradicional Reformista Socialista	Juez de paz Juzgado especial Tribunal popular

⁴²² Tomamos algunos de los conceptos que propone Merry para asociarlos con las figuras promovidas por el Estado: Reformista y socialista se usan aquí en sentido similar. El que ella llama comunitarista lo relacionamos con contextos tradicionales. (Merry, 2003, p. 47-55) Según propone Merry (2003, pp. 57 y ss.) todos estos sistemas tienden a diluirse en las formas y en las estructuras del Derecho estatal y a ser absorbidas por el sistema judicial.



D. Las justicias comunitarias de Colombia

(#100) En el caso de Colombia, el Estado promueve formas de justicia comunitaria que podrían estar situados entre el primer y el segundo caso. Los JP y los CE, que en Colombia han adquirido la denominación genérica de Justicia en Equidad (Ardila, 2006) tienen las siguientes características: (i) Son figuras creadas estatalmente pero que se remiten a las estructuras culturales de las comunidades⁴²³; (ii) operadores designados por mecanismos participativos a partir de sujetos de la propia comunidad sin exigencias formales o profesionales; (iii) eficacia legal de las decisiones que producen.

En consecuencia, en Colombia debemos hablar de que primordialmente existen tres modalidades de JC, si se tiene en cuenta su relación con el Estado:

- (i) La justicia propia no reconocida, integrada por una amplia gama de instituciones de comunidades afrodescendientes, comunidades de paz entre un sinnúmero de experiencias de justicia institucionalizadas en áreas de orden no estatal y no institucionalizadas en áreas de caos.
- (ii) La JPR reconocida, establecida constitucionalmente de manera taxativa y consolidada jurisprudencialmente para el centenar de comunidades indígenas. Existe un movimiento social y jurídico que busca, con sólidas razones, que las comunidades negras, consoliden un reconocimiento similar.

⁴²³ Ley 497 de 1999, art. 2.



- (iii) La justicia en equidad que se constituye principalmente por las figuras de JP y CE. Las figuras de JE tienen una gran versatilidad institucional que les ha permitido abrirse espacio en contextos rurales y urbanos, de conflicto político o en contextos de violencia común y en las diferentes regiones culturales del país.

La justicia propia se denomina así porque se regula por sus propias normas y se origina y sustenta en las tradiciones y en las decisiones de la misma comunidad. Por tanto, la validez de los actos se circunscribe a los miembros de la misma. Frente a ella, el Estado puede tener una posición de desconocimiento, que puede ser de indiferencia (como ocurría con la JPR de algunas comunidades étnicas no indígenas como los gitanos o los raizales en Caribe anglófono⁴²⁴) o de represión por considerarlas un desafío (como es el caso de las comunidades de paz). En tal caso, la influencia de las normas del Estado puede existir pero está completamente supeditada a las decisiones comunitarias. El grupo de experiencias de justicia propia que no tiene un reconocimiento del Estado es el de los mayores y otras figuras de justicia afrocolombiana que han tenido que plegarse a la justicia en equidad como conciliadores en equidad y amigables componedores de los consejos comunitarios.

Cuando la JPR cuenta con reconocimiento del Estado, como es el caso de la justicia indígena a partir de la Constitución Política de 1991, mediante el establecimiento como una jurisdicción autónoma y con autoridad similar a la ordinaria o la constitucional, tienden a producirse muchos cambios en ella. La causa principal de esa transformación es que al establecerse que las decisiones propias tienen plena validez ante el sistema jurídico nacional se produce un efecto de ida y

⁴²⁴ Esto puede estar cambiando con etnias como la gitana en la medida en que ha llegado a visibilizarse legalmente. El decreto 2957 de 2010 define la “Kriss” como el Tribunal en el que se reúnen los gitanos mayores de determinada Kumpania con el propósito de resolver una controversia y tratar asuntos internos, Así mismo se entiende la Kriss Romaní como el sistema propio del pueblo Rom, compuesto por una serie de normas y valores culturales que todos los miembros del grupo étnico tienen el deber de acatar y hacer cumplir. La resolución de conflictos seguirá los procedimientos propios de la comunidad gitana, debe tenerse en cuenta los límites de derechos humanos .



vuelta. El de ida, las autoridades propias, sus procedimientos y sus normas son reconocidas⁴²⁵ y sus actuaciones tienen por sí mismas plena validez. El de vuelta es que, aunque las normas son las propias, hay una creciente influencia de la jurisdicción estatal porque: (i) las autoridades estatales escrutan las decisiones de la justicia propia a la luz de sus propios fundamentos normativos; (ii) las autoridades propias van adecuando en forma y contenido sus decisiones para factibilizar que transiten por el sistema jurídico nacional⁴²⁶.

Las figuras de JE se establecen dentro del marco normativo definido por las leyes estatales. No son de creación comunitaria, aun cuando esas instancias, en muchos casos, constituyen el formato mediante el cual se recogen autoridades y liderazgos sociales preexistentes⁴²⁷ e incluso instancias y dinámicas de administración de JPR, como se refirió hace unas líneas acerca de las figuras de justicia propia afrodescendiente. Las normas de JE son una confluencia entre (i) las propias de la comunidad, definidas en Colombia como el “justo comunitario” (art. De la ley 497 de

⁴²⁵ Aunque con algunas condiciones que varían de país a país. Llama la atención, el caso colombiano siga siendo entre los países andinos, el país en donde los sistemas de justicia propia indígena cuentan con el mayor margen de maniobra frente al aparato judicial y frente al Estado en general. A pesar de que en Bolivia el Estado se define Plurinacional y en Ecuador de que las autoridades propias gozan de un status constitucional similar al que tienen en Colombia, los desarrollos legales y jurisprudenciales han delimitado su competencia ante el Estado para atender los conflictos de sus comunidades.

⁴²⁶ Esos cambios pueden apreciarse desde lo mínimo como es el paso de las decisiones totalmente orales al registro escrito; la transformación de procedimientos como la asunción de la indagación o el sistema probatorio; hasta la transformación del tipo de decisiones como la incorporación de sanciones (como la cárcel) del sistema jurídico nacional. Una muy clara descripción de cómo se produce esa asimilación, aún en un sistema de reconocimiento precario como el existente en Bolivia de comienzos de este siglo (Orellana, 2003).

⁴²⁷ “Quienes aplican la justicia en equidad, en principio carecen de formación jurídica, sus fortalezas radican en ser reconocidos dentro de la comunidad a la que pertenecen por su capacidad, su ecuanimidad y su sentido de la justicia, para la resolución de causas menores que no exigen un conocimiento exhaustivo del derecho” (Corte Constitucional Sentencia T-706-07).



1999), que son la base sustancial de las decisiones⁴²⁸ y de los procedimientos particulares en cada contexto cultural de un lado; y (ii) las normas mínimas que el estado define para que tengan validez legal las decisiones (competencia, audiencia, actas y fallos). Con lo cual, desde el punto de vista legal, las decisiones en equidad se postulan como válidas en todo el territorio nacional, siempre y cuando los operadores estén debidamente nombrados y cumplan con ese mínimo de condiciones. Precisamente ello no excluye que haya una parte importante de operadores de JE que pueden carecer de una comunidad de referencia que las valide en los entornos próximos porque se sustentan únicamente en su posición dentro del campo jurídico nacional. Así, es necesario señalar que esa parte de los operadores de JE tiende a ser altamente permeable a los argumentos y a las posturas de los actores del campo jurídico estatal, en donde frecuentemente se tiene una postura inclinada al legalismo (#62) y muy permeable al colonialismo en el campo jurídico del que venimos hablando (#34).

La JPR reconocida y la JE tienen en común la validez de sus actuaciones ante el ordenamiento jurídico nacional. Pero hay una diferencia fundamental y es que si bien ambas versan sobre instancias comunitarias cuyos referentes de decisión son los de la propia cultura, las figuras de JE son autoridades que se establecen y operan sobre reglas procesales definidas por el Estado, mientras que en el caso de la JI (justicia propia reconocida), el Estado se debe limitar a reconocer y validar las autoridades y los procedimientos que la comunidad tenga. En el caso de la JPR, el Estado no tiene competencia para reglamentar las figuras ni establecer las instancias de gestión de conflictos. Los OJ en equidad tienen reglas estatales para establecerse y para operar (aunque las normas sustantivas son las propias de la comunidad)) mientras que los operadores de justicia propia son los que la comunidad establezca según sus normas y

⁴²⁸ Al respecto dice la CC: “sus decisiones se profieren en equidad, es decir, conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad”



los procedimientos son los que correspondan a la propia cultura. El Estado no establece sus figuras, sólo las reconoce.

Tabla 8 Modalidades de Justicia Comunitaria en Colombia

Modalidad	Origen de instancias	Posición del Estado	Validez de los actos	Casos	Normas	Influencia del orden jurídico nacional
Propia no reconocida	Tradiciones o decisiones comunitarias	Indiferencia, trivialización o represión	Interna, la que le da la propia comunidad	Mayores afrocolombianos, instancias comunidades de paz, etc.	Propias	Mínima, la dinámica comunitaria decide
Propia reconocida	Tradiciones o decisiones comunitarias	Reconocimiento de autoridades, procedimientos y normas	Interna y externa. Los actos tienen validez ante el sistema jurídico nacional.	Autoridades indígenas.	Base propia con creciente asunción de normas estatales	Mayor. Las decisiones pueden ser escrutadas por derechos.
En equidad	Marco legal	Establecimiento y control	Interna y externa.	Jueces de paz, conciliadores en equidad,	Normas procesales estatales mínimas y comunitarias, las demás. Comunitarias, las demás	Permeable por legalismo y colonialismo jurídico

Más allá de las diferencias planteadas en cuanto a la relación del derecho y el aparato estatal con cada una de las figuras, es importante señalar que se han presentado variaciones en la historia. Hemos señalado con recurrencia cómo las modalidades de justicia no reconocida por regla general son inadmisibles para el ordenamiento jurídico y cualesquiera de sus actuaciones simplemente se consideran



inexistentes. En algunos casos se llega a perseguir, incluso penalmente, a los actores que protagonizan sus instancias o ejecutan sus decisiones, como es el caso de las comunidades de paz (#56) y en otros, como ocurre con los afrodescendientes, se puede presentar una situación de interinidad institucional, en la medida en que se presenta cierta ambigüedad entre los actores estatales y las comunidades escudan muchas de las actuaciones en la figura de la amigable composición, derivada de la ley 70 de 1993. Tanto la justicia indígena como la JE han recibido ciertos beneficios (y cargas) que se derivan de la validez legal que ha contado con desarrollos legales y jurisprudenciales que no son homogéneos. Con lo cual, las políticas públicas que se derivan de esos marcos difícilmente podrían catalogarse como de promoción de las figuras (#110).

Hemos visto que el aparato judicial hoy sólo llega a tramitar una parte muy menor de los asuntos, además de que sus intervenciones muchas veces son vistas como inoportunas o impertinentes en el conjunto de una sociedad como la colombiana y que, frente a la carencia de respuestas adecuadas a la conflictividad, de manera sistemática o caótica, tienden a emerger instancias y dinámicas de administración de justicia por fuera del AJ y muchas de ellas pueden ser comunitarias. El Estado inevitablemente interactúa frente a ellas de manera diferenciada (desconociéndolas, reconociéndolas o promoviéndolas). En esta sección intentaremos analizar cómo lo hace en Colombia.

Sin embargo, desde hace cinco lustros, el Estado cuenta con una base jurídica para reconocer la JPR de comunidades tradicionales, como se ha venido logrando con la JI, mientras que los afro-descendientes y otros grupos étnicos luchan para que se reconozcan sus instituciones y procedimientos. Frente a las necesidades de cualquiera de los otros sectores, el Estado cuenta con figuras que se conocen como de JE, que incluyen a JP y CE. El vértice histórico de este escenario es la transformación constitucional que admitió que la nuestra es una sociedad pluricultural y dio paso al pluralismo jurídico formalizado en el que caben instrumentos legales para el



desenvolvimiento de figuras de JC. La pluralidad cultural y jurídica, tras los dispositivos constitucionales han podido ser desarrolladas, como se verá a continuación, gracias a algunas normas de carácter legal pero, especialmente, por los desarrollos constitucionales que sobrevinieron. Este proceso no ha sido lineal y, por el contrario, ha presentado avances y retrocesos. De modo que en la última década, la tendencia que parece imponerse es la de contracción y la limitación en los alcances y el papel de las figuras.

Claramente enraizadas en la CP de 1991, el desarrollo de las figuras ha sido muy desigual. Desde hace dos décadas el sistema institucional estatal estableció (i) figuras facultadas para tramitar, con base en lo que en sus comunidades de referencia consideran justo, una amplia gama de controversias de cualquier colombiano y; (ii) la posibilidad de que indígenas y afrodescendientes, entre otros grupos étnicos, cuenten con especiales sistemas de tramitación de sus conflictos. Si bien puede verse la inclusión de una amplia gama de figuras, el régimen jurídico desconoce o rechaza una parte de las figuras. Las comunidades indígenas han contado con la aplicación directa de la norma constitucional, aun cuando la posición de las autoridades judiciales no siempre ha sido la de garantizar la autonomía de su sistema. Las figuras para las comunidades afrodescendientes ha tenido unos desarrollos legales y reglamentarios menores y aún hoy no están claros sus elementos fundamentales. Desde 1991 existe la figura de los conciliadores en equidad pero sólo hacia 1994 empezaron a ser designados, mientras que los jueces de paz apenas tuvieron su ley en 1999 y hacia el 2000 empezaron a elegirse.

Los operadores de JC constituyen un sector de la A de J que es importante, sobre todo en algunas regiones. En Colombia existen 102 pueblos indígenas. La mayoría de los cuales cuentan con menos de mil integrantes y se encuentran en peligro de extinción. Pero en algunos pueblos hay una dedicada construcción de sus



sistemas de justicia que los ha convertido en paradigma en América Latina⁴²⁹. Por otra parte, al culminar el milenio, se llegó a estimar un número superior a cien comunidades afrodescendientes en el occidente del país. Hoy la mayoría de ellas están disueltas por el desplazamiento forzado pero, donde existen, son la principal vía de acceso a la justicia y un fortín de su cultura. Se estima que hoy operan novecientos de los 7.800 CE que han sido designados en 260 municipios (de los 1.100 que tiene el país). Hay 1.200 JP posesionados.

Hace veinte años, cuando se elaboró la Constitución Política actual, las figuras de JC se deslizaron como innovaciones más o menos secundarias en el ordenamiento jurídico e institucional colombiano para el manejo de los conflictos. Paulatinamente fueron valoradas como herramientas crecientemente importantes en procesos sociales y políticas públicas no sólo de descongestión de despachos judiciales y de acceso a la justicia sino también de desarrollo comunitario y de seguridad y convivencia. Gracias a lo cual se implementaron procesos desde diferentes resortes. Ahora, tras un desgaste indiscutible de los programas de implementación de estas figuras, tanto por parte del estado como por parte de organizaciones sociales y privadas, la JC no ha ocupado una parte considerable del espacio cedido por la creciente desproporción entre la demanda de justicia y la oferta del aparato estatal. Largas décadas de crisis de legitimidad, eficiencia y eficacia del sistema de gestión de conflictos que se organiza desde la rama judicial no han constituido presión suficiente para la transformación del sistema institucional de administración de justicia y el posible desarrollo correlativo de instrumentos y experiencias de casos y figuras de justicia comunitaria.

JP y CE, operadores previstos para la mayor parte de los conflictos de cualquier colombiano, cada vez se van relegando a la marginalidad institucional, como

⁴²⁹ Nos referimos específicamente a dos experiencias muy importantes la de los Wayuu, en la Costa Atlántica y la de los Nasa, en la Cordillera de los Andes.



resignados a la gestión de conflictos del menor impacto. La justicia indígena que comenzó el milenio con un vigor sustentado en el más fuerte movimiento social de la historia reciente del país y el respaldo amplio de la corte constitucional, hoy cede parte de sus mejores banderas jugando en la cancha ajena de las formalidades y las finalidades del sistema jurídico occidental. La justicia afrocolombiana, lucha por sobrevivir mientras pugna por entender su propia naturaleza y el sentido que le corresponde en los procesos comunitarios apropiando mecanismos novedosos que desde hace un cuarto de siglo le ofrece el ordenamiento jurídico nacional. Diferentes experiencias más destacadas de justicia propia en nuevos núcleos humanos, como las comunidades de paz, si bien mantienen su vitalidad interna, han perdido su visibilidad y el efecto ejemplarizante que ostentaron en las dos últimas décadas.

En esta sección vamos a analizar la relación entre Estado y comunidad en las prácticas de A de J y gestión de conflictos⁴³⁰. Es claro que en ciertos procesos, cuando los reconoce, el Estado obra como actor que interviene o interactúa con ellos y en otros, cuando las figuras son fruto de sus políticas, es el que los constituye. Vamos a desarrollar este capítulo describiendo las principales figuras existentes en Colombia. Dado que el tema de la relación del Estado con la JPR no reconocida fue discutido ya en el capítulo tercero (#71, #77, #80) nos ocuparemos a continuación de analizar la que sí reconoce la JI, a partir del establecimiento de la jurisdicción indígena y, de la JE, dándole especial atención a la figura de los CE que es la que goza de más desarrollo en las políticas públicas.

⁴³⁰ Hace veinte años Boaventura planteó estas dinámicas de justicia como reorganización del Estado con la forma de sociedad civil, a lo cual denominó covariación cuantitativa (Santos, 1991, p. 127). Este debate será retomado en el capítulo III



RECAPITULANDO

Hemos sustentado por qué hablamos de JC. Por qué denominamos así nuestro campo de análisis para poder dimensionar su alcance y su significación ontológica y política. No cabe duda de que de la JC debe considerarse su existencia más allá de las políticas y aún de la manera como el Estado está reorganizando la gestión de la conflictividad. Aunque tampoco puede dudarse de que las políticas estatales para la A de J y, las que son específicas para la JC, definen un nuevo momento para este campo de la realidad y transforman los mapas de la justicia en general y los procesos de regulación de las comunidades. Sin embargo, estos procesos, existen y se sostienen (cuando lo logran) como procesos comunitarios, incluso los que se originan en políticas o intervenciones externas.

Hemos deslindado el concepto de JC de las principales categorías con las que se le suele confundir. Con lo cual hacemos tres afirmaciones y tres negaciones correlativas: (i) La JC se caracteriza como un conjunto de prácticas que son de A de J y esto es mucho más que simple gestión de conflictos. Aunque implementan metodologías de gestión que se centran en los conflictos (# cap. primero, sección III), no se pueden reducir al concepto de mecanismos alternativos debido a que regulan los conflictos a partir de las estructuras normativas de la comunidad en la que se inscriben. (ii) Ese conjunto se constituye con un objeto ontológico preciso que no se diluye en medio de todo lo que no es la justicia judicial estatal. Aunque puede ejercerse por actores privados, puede actuar con informalidad sustancial o procesal y puede verse como alternativa al judicial, ninguna de esas tres categorías comprende una definición precisa de la JC porque no dice lo que es y lo que hace es confundirla con dinámicas con las que no comparte sino el hecho de ser diferente a lo judicial. (iii) Las experiencias de JC se caracterizan porque tienen un grupo humano de referencia que gravita alrededor de una identidad. Aunque es muy cercano al concepto de



justicia local (Raine, 1989, p. 12; Armenta , 2006, pp. 23-25) porque uno y otro tienen una referencia cultural, lo comunitario contempla identidades no necesariamente ligadas a un espacio particular. La categoría de justicia popular que se usa en la tradición anglosajona no es muy aplicable porque no es fácilmente precisable el escenario social en el que cabe y porque connota una dimensión política de estas experiencias que no necesariamente está presente en muchos de los casos que nos interesan.

De otro lado, hemos visto que el lugar de la comunidad en el concepto con el que trabajamos es más amplio que el que se encuentra en las tendencias restaurativas del derecho penal. El concepto de JC más que considerar la participación de representantes de la comunidad en los procedimientos, supone que son las propias autoridades de ella las que administran justicia. Más que orientar la justicia al restablecimiento de las condiciones de convivencia en el grupo social, la justicia se estructura sobre sus dinámicas culturales y las recrea. La justicia se administra con base en la identidad, define la forma de ser una comunidad y de cada uno de sus miembros. Cabalga sobre las normas que enmarcan y diferencian unos grupos humanos de otros. Siendo así, la JC tiene a las normas propias al mismo tiempo como punto de partida y como punto de llegada. Esta relación entre la A de J y la identidad garantiza una alta capacidad regulatoria porque la intervención se hace directamente con las pautas de comportamiento con las que cada persona se siente identificado. La gestión comunitaria posibilita movilizar las estructuras normativas comunes a las partes para tramitar los conflictos, no sólo en los espacios más pequeños.

La JC existe y prospera en una comunidad. Aun cuando el Estado las promueva. Ha habido tres grandes tendencias en el impulso estatal, cada uno de signo político distinto: los JP (tradicional), las juntas comunitarias (reformista) y los tribunales populares (socialista). Sin un enfoque muy claro pero en un contexto de reformas neoliberales de la justicia, en Colombia se han impulsado diferentes versiones de la primera y se les conoce como justicia en equidad. Son figuras que se han promovido



sin un proceso comunitario al que se articulen y han tendido a fracasar luego de unos pocos años. Aunque hay tendencias que buscan desarrollar estas figuras en las comunidades, hasta ahora no han logrado consolidarse.

Así mismo en el país pueden reconocerse muchas experiencias de A de J surgidas en las propias comunidades. Muchas de ellas se desarrollan en escenarios de caos como respuesta a las necesidades de regulación pero la mayoría no han sido sostenibles y han perecido también en pocos años. Las experiencias más desarrolladas son las que han prosperado de las comunidades tradicionales (indígenas, afrodescendientes y raizales, principalmente). El centenar de comunidades indígenas existentes en el país cuentan con reconocimiento constitucional para la justicia propia. Lo cual nos hace hablar de otra modalidad de JC y es la propia reconocida. Porque, al producirse la interacción con el Estado, a través de las instituciones depositarias del reconocimiento, se produce una transformación esencial a la JPR que las hace más permeables a las formas y actores estatales. Con lo cual, las diferencias entre la JE y la justicia propia tienden a reducirse.



III. La justicia indígena y el Estado

(#101) Obviamente, sistemas de administración de justicia indígena existen en Colombia antes de la Constitución de 1991. Pero ella introduce una transformación muy importante en la manera como el Estado colombiano interactúa con las instituciones que se ocupan de gestionar los conflictos presentes en los sistemas jurídicos propios de los pueblos aborígenes de todo el territorio nacional. Sus territorios se regularon a través de las estructuras normativas propias. Sus instituciones, si bien se fueron transformando, aún en interacción con el Estado y los actores occidentales, se articularon en lo que hemos llamado un orden claramente diferenciable del estatal. Con la Carta, se abre un nuevo escenario jurídico para estas figuras, en tanto tienen un lugar como parte de los órganos que constituyen el entramado constitucional para la administración de justicia.

i). Instituciones marginales

(#102) En el último cuarto de siglo asistimos a una nueva etapa de la relación entre el Estado y las comunidades indígenas que se anunció como una nueva forma de ser el sistema colonial de poder, frente a las anteriores facetas históricas (#52, #71,



#89). Ese es el necesario marco de referencia en el que hay que entender cómo se presentan hoy esas relaciones del Estado con la institucionalidad propia de los pueblos indios en la etapa actual. En este cuarto de siglo pareciera producirse un reconocimiento frente a siglos que principalmente están marcados por su desconocimiento por parte del ordenamiento estatal. Al respecto, resulta ilustrativo el análisis histórico que Bartolomé Clavero desarrolla sobre la manera como ha actuado el aparato estatal frente a los sistemas de organización política de los pueblos aborígenes en el continente americano (Clavero, 1994).

Según el profesor español, en la época colonial, la condición de inferioridad de los indígenas en la que se les ponía, se soportaba en que se les catalogaba como *rústicos* (sólo tenían costumbres, no leyes), *miserables* (necesitaban protección) y *menores de edad* (necesitaban de una tutela de alguien mayor, indispensablemente no indígena) (pp. 11-20). En consecuencia, si los seres humanos que vivían en el territorio carecían de voluntad jurídicamente relevante para poseer propiedad, con mayor razón serían legalmente incapaces para constituir instituciones. Entonces se atribuyeron a sí mismos la tarea de llenar ese supuesto vacío institucional que encontraron (pp. 21-22,25). Para lo cual, agregamos, lo primero fue hacer expreso desconocimiento de validez de la normatividad encontrada y obviamente de la subjetividad jurídica plena de los oriundos del territorio. Una situación que se mantiene por siglos y que va a promover de manera constante los procesos de aculturación: para ser plenamente ciudadanos es necesario romper orgánica y culturalmente los vínculos con la propia comunidad.

Con esa misma lógica de desconocimiento, se construyó la organización estatal en la colonia y las instituciones de los Estados postcoloniales. “La exclusión será la regla pero la inclusión era el principio” (p. 36). Para el Estado colonial (y postcolonial) lo indígena es ocultado. Aunque fueran la mayoría (como ocurrió en México, Perú, Bolivia, etc.) no se les contempló como parte de la nación. Se funda el Estado constitucional sobre la base de una nación ficticia que no contempla ni incluye a la



indígena. (p. 41). Las instituciones y el derecho propio siguen existiendo pero no se les considera tales (p. 43). Durante siglos imperó la idea de que las etnias serían superadas y con ellas sus formas de regulación y organización. Frente a tales procesos de disolución o aniquilamiento cultural que se estaban causando, se ha ofrecido a sus víctimas el horizonte históricamente inalcanzable de la integración mediante la asimilación a un sistema de ciudadanía parcial o puramente formal, de la que ya hemos dado cuenta (#48), al que sólo se accede mediante la aculturación. Es decir, a partir del sometimiento a la cultura dominante y la subordinación a las estructuras de poder en las que sólo se les permiten los niveles más bajos en las estructuras de poder.

ii). Contexto constitucional

(#103) En el contexto de las luchas reivindicatorias de los pueblos golpeados por los 500 años de colonialismo, los Estados (la mayoría partícipes del sistema colonial de poder, de que hablamos en los capítulos precedentes) (#79), a través de los convenios 104 y 169 de la OIT, ceden en reconocer a las comunidades la competencia para mantener su cultura y su territorio; si bien el derecho y la administración de justicia siguen funcionando con un criterio de centralidad de las instituciones estatales, en tanto se les prohíbe a las comunitarias contrariar las leyes que se definen como nacionales y se catalogan a sí mismas como superiores. El mérito de este nuevo escenario es que por primera vez se reconoce la existencia de la institucionalidad propia de los pueblos aborígenes y se establecen reglas, si bien muy asimétricas, de convivencia cultural e institucional con los pueblos y sus estructuras políticas.



Las nuevas normas del derecho internacional fueron introducidas en la Constitución Política de 1991. Es así como el artículo 7 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y, el artículo 10 de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, como idiomas oficiales en sus territorios. El artículo 8 impone la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. En el artículo 70 se reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. En relación con la nacionalidad, se les da el carácter de nacionales colombianos por adopción a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios de frontera nacional, en aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos. Finalmente se autoriza el juzgamiento de los indígenas por las autoridades propias de sus Comunidades.

Este paquete de normas ha sido objeto de diferentes criterios de análisis e interpretación por parte de la Corte en sus diferentes épocas. Camilo Borrero plantea que de manera más o menos constante ha habido tres tendencias en la jurisprudencia constitucional al respecto⁴³¹: De acuerdo con la primera, deben imperar los derechos fundamentales para todos los colombianos y la normatividad nacional debe subordinar las normatividades propias de los pueblos indios; de acuerdo con la segunda tendencia en la Corte, el ordenamiento jurídico nacional sólo está autorizado para imponer unos límites mínimos (derecho a la vida, debido proceso y prohibición de tortura y esclavitud) a la autonomía normativa que les reconoce la CP; mientras que la tercera exige una armonización de la normatividad indígena con el núcleo de derechos fundamentales⁴³² (Borrero, 2014, p. 283). Veamos.

⁴³¹ Señala Borrero que, por razones desconocidas, los magistrados se empeñan en sostener que la posición de la Corte es unánime cuando las diferentes posturas son reconocidas por los más diversos analistas. (Borrero, 2014, p. 243 y ss.)

⁴³² A similares conclusiones nos lleva tempranamente el juicioso estudio histórico realizado por la jurista nasa Tania Gaitán Crespo (2009) quien sustenta que esas tendencias están



Durante los primeros años primó una tendencia muy restrictiva de la diversidad con la tesis de que el cuerpo de derechos fundamentales sería el límite del principio de la diversidad y serían de obligatorio cumplimiento para todos, incluso los indígenas. De modo que la normatividad propia estaría sujeta a revisión del juez constitucional, bajo los referentes establecidos en las normas jurídicas del Estado. No de otro modo puede entenderse el argumento, sustentado por el alto tribunal, de que el estatuto de derechos fundamentales debe ser acogido como principio de convivencia por todas las culturas existentes en el territorio nacional. De modo que la decisión sobre la validez de una norma indígena ante el derecho nacional queda sujeta de manera indirecta a la decisión de los jueces ordinarios que por regla general operarán bajo reglas del Estado occidental y con criterios de interpretación de las mismas que son extraños a las comunidades amerindias. Los operadores de justicia recibirían una autorización general para decidir sobre la legalidad de las estructuras de comportamiento de los pueblos indios y, en consecuencia, tendrían en sus manos una poderosa herramienta de imposición de las normas y valores occidentales al darles la posibilidad de hacer prevalecer las reglas que desde la perspectiva cultural occidental, amparen principios que se consideren superiores al de la diversidad cultural. Quedarían abiertas así amplias facultades para que los jueces ordinarios desconozcan las estructuras normativas propias de los pueblos aborígenes (Sentencia T 254/94).

Sin embargo, en 1996 (sentencia T 349) se visibiliza la segunda tendencia enunciada, mucho más comprometida con el principio de la diversidad. Entonces se propone la fórmula de “la maximización de la autonomía y la minimización de las restricciones”. Sobre esa base, se propone que sólo cabe restringir el derecho a la propia cultura en los casos en que sean indispensables para proteger un interés

relacionadas con diferentes etapas en las tendencias ideológicas y en la composición de la Corte Constitucional.



superior al de la diversidad. Pero esta fórmula no se deja abierta. La Corte precisa que sólo se pueden considerar superiores los derechos el grupo de derechos que se asocian con consensos transculturales como la vida, la prohibición de la tortura o la esclavitud o la previsibilidad de procedimientos. De modo que se ordena a los órganos del Estado garantizar que las particularidades culturales en principio no sean obstruidas en su desarrollo con el argumento de que en alguna comunidad se viola algún derecho diferente a aquellos. Así, se maximiza la autonomía mediante la validación de los sistemas jurídicos y las instituciones de administración de justicia propios de las comunidades, siempre y cuando garanticen esos derechos que, por su condición transcultural, serían homologables con las estructuras normativas de las diferentes etnias.

Desde 1998 se hizo más visible la otra tendencia, nuevamente restrictiva del derecho a la propia cultura. Desde ella se propone que el único criterio aceptable para que el sistema jurídico nacional permita que los derechos ciudadanos tengan alguna limitación es cuando su acatamiento pone en riesgo o socava la integridad de alguna cultura. En los demás casos, la totalidad del catálogo de derechos es plenamente exigible en las comunidades indígenas. Esta tendencia se puede precisar a partir de dos decisiones tomadas en sentencias que presiden esta línea jurisprudencial donde se muestra el intento que hace por compaginar el derecho colectivo a la diversidad cultural con el derecho individual a la libertad de cultos (SU-510/98 y T-1022/01). De un lado, se garantizó el derecho de la comunidad teocrática (Arhuaca) tanto para exigir de todos sus miembros el cumplimiento de las actividades colectivas propias de sus creencias ancestrales como para impedir que sus territorios se destinen a actividades religiosas que contravienen la esencia de las prácticas sociales colectivas propias. En ello imperó el criterio de que los derechos individuales ponen en riesgo las estructuras culturales. Empero, del otro lado, se garantizó el derecho de los individuos a abrazar el credo religioso que es ajeno (el cristiano pentecostal), siempre y cuando sus prácticas de culto se dieran por fuera del territorio comunitario.



iii). La jurisdicción indígena: reglas estatales para la justicia propia.

(#104) La Constitución establece la figura de la jurisdicción indígena como paraguas institucional ante el sistema jurídico nacional hacia las diferentes instancias y mecanismos de administración de justicia con que cuentan los pueblos para la gestión de sus controversias y su ordenamiento social. La validación legal de las propias normas y procedimientos⁴³³ establece, para los agentes del Estado y otros actores externos a las comunidades, la obligación de respetar y acatar las decisiones que se toman por parte de las autoridades propias sobre los asuntos que les corresponde. La jurisdicción indígena significa para los pueblos una herramienta muy importante que tiene el Estado para que los pueblos puedan desenvolverse dentro de su propia cultura ya que sus comportamientos en principio serán juzgados por ellos mismos desde sus particulares estructuras normativas y, por tanto, ellas son el referente para el trámite de los conflictos que se presenten a su interior.

Siendo así, la Jurisdicción Indígena se convierte en el vértice a donde confluye la mayor parte de los derechos en tanto cimienta política y jurídicamente las particularidades culturales a través del aval que hace a la validez de las normas propias que regulan el conjunto de relaciones de cada comunidad. Desde este punto de vista la Jurisdicción Indígena es un soporte de primer orden en la supervivencia de las culturas minoritarias en Colombia. Para lo cual la figura debe ser vista como un puente entre el orden del Estado y el orden propio de la comunidad. Mediante él, el

⁴³³ Art. 246 de la Constitución Política: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.



Estado hace un reconocimiento del conjunto de la normatividad comunitaria, al validar las actuaciones las autoridades propias que se basen en ellas.

La Corte ha dicho que por **autoridad** debe entenderse a las diferentes formas de poder reconocibles dentro de las comunidades indígenas. De tal modo que las funciones jurisdiccionales podrán cumplirse por parte del Gobernador⁴³⁴ o por cualquiera otra autoridad que sea la reconocida dentro de la comunidad, sea ésta unipersonal o colegiada. (Sentencia T-496-96). En la misma sentencia se aborda el término **ámbito territorial**. Según ella y debido a la indeterminación y sociocultural a que están sometidos los territorios debe considerarse “no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.”. En la parte relativa a las **normas** y los **procedimientos propios**, se ha dado un tratamiento abierto, en consideración a la reconocida diversidad de sistemas y formas de regulación existentes entre las comunidades cobijadas por esta norma constitucional⁴³⁵. De tal modo que se acepta que la mayor parte de los ordenamientos indígenas carezcan de formulación escrita y una estructura regulatoria que tampoco es asemejable a los sistemas jurídicos herederos de la tradición romana⁴³⁶.

En 1996, mediante decisión de la Corte Constitucional, se establecieron las reglas mediante las cuales las decisiones a través de las que el derecho nacional valora

⁴³⁴ Nombre genérico que se da en la ley al representante legal de la comunidad.

⁴³⁵ Es poca la literatura que ha intentado sistematizar los diferentes sistemas jurídicos indígenas. El trabajo que recoge una perspectiva más amplia es el publicado por el Ministerio del Interior llamado “Del Olvido surgimos.” Bogotá, 1997. También ver Perafán, C. (1994). *Regímenes Jurídicos Wayúu, Tukano y Páez*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

⁴³⁶ Referencia al trabajo de Perafán.



las formas como administra justicia en una comunidad indígena. Como se dejó claro más arriba, la corte estima que hay ciertos derechos procesales cuya pretermisión es inexcusable en cualquier tipo de decisión relevante ante el sistema jurídico nacional. Tales derechos están asociados tanto con la previsibilidad del trámite al que se someten como de las decisiones que se pueden imponer. En cuanto al trámite, se admite la diversidad de autoridades (individual o colectiva, civil o religiosa), o de procedimiento (prueba racional, oráculo, consensual), referente normativo (regla o principio), de decisiones (punitiva⁴³⁷ o compensatoria) siempre y cuando la previsibilidad esté asociada con el principio del juez natural y el derecho a la contradicción procesal (Sentencias 496 de 1996 y T 523 de 1997). Precisamente la referencia constitucional a las propias normas y procedimientos implica que ellos han de existir como realidades normativas conocidas y aceptadas.

El reconocimiento que se hace a los actos de la justicia indígena, lo sujeta la constitución a “que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”. Es forzoso reconocer que ella no se refiere a todo tipo contrariedad legal. Esta atribución de competencia jurisdiccional no deja de tener alcance por el solo hecho de ser contraria a cualquier tipo de ley. Por tratarse de una norma que establece una jurisdicción, es obvio que sus normas son particulares y pueden ser contradictorias con normas que correspondan a otras jurisdicciones. Si se tiene en cuenta que se trata de una norma

⁴³⁷ Especial interés han tenido dos formas de sanción existentes entre los Nasa y otros pueblos del país que en su momento fueron siendo consideradas constitucionales por la Corte: el cepo y el fuate. El primero fue apropiado por los indígenas a partir de las prácticas implementadas por los poderes españoles contra los indígenas y consiste en la suspensión del cuerpo sobre las espinillas (zona anterior de las piernas). El dolor es sumamente intenso y se aplica por unos minutos. El fuate que se utiliza es el mismo que se tiene para el manejo del ganado y se aplica con todas las fuerzas del ejecutante en la zona inferior a los muslos, en un número que puede ser de unas decenas, dependiendo qué y quién cometió la falta. La sanción se cumple una vez queda en firme la decisión con contundencia que se estima suficiente para “limpiar” al sancionado e intimidar a otros posibles actores de faltas.



que establece una jurisdicción. La Corte ha señalado que la contrariedad se contrae a los fundamentos del sistema jurídico--político y en específico a los derechos fundamentales. La CP está validando una forma de ordenamiento a la que reconoce su propia estructura y sistema valorativo. Ordenamiento que como, el de cualquiera de los campos legales, puede tener reglas específicas que sean contrarias a otras normas del mismo sistema.

En cuanto a los asuntos que son de su competencia ante las leyes del Estado, la Constitución Política, establece que las autoridades propias disponen de una competencia genérica. Es decir, sobre todos los asuntos que se presentan entre los integrantes de la comunidad ubicados en el territorio. Al igual que ocurre con cualquier competencia, existen casos típicos y casos dudosos. Para abordar los casos típicos, primero que todo nos ocupamos de una situación hipotética en la que no pueda haber objeción sobre la vigencia de la jurisdicción. Para que se dé una situación en la que no quepa duda de que la comunidad tiene el derecho a enjuiciar un caso y de que las partes comprometidas en él tengan el derecho a que se les juzgue por parte de sus propias autoridades se requiere que (i) se trate de un asunto sometido a un sistema de regulación propio y (ii) al que las partes estén sometidas. Veamos brevemente cada uno de los dos para precisar los casos en los que no cabe la intervención de una jurisdicción diferente.

El primer aspecto se refiere a la naturaleza del asunto en conflicto. En principio todos los conflictos propios de la vida comunitaria están sometidos a su trámite interno. Al respecto, conviene examinar la hipótesis más fronteriza. Sería el caso de que la comunidad considere como punible un comportamiento que no es tal en el ordenamiento legal nacional. En ese caso se reconoce a cada comunidad la posibilidad de construir su entramado regulativo en el que necesariamente deben



caber conductas prohibidas que pueden no ser reprochables desde una perspectiva occidental⁴³⁸. Este tipo de casos, a nuestro entender, no admite dudas.

El segundo aspecto se refiere a la condición personal de las partes en conflicto. Se requiere que las dos partes estén sometidas al mismo sistema regulativo, bien porque pertenecen a la misma comunidad o porque las comunidades a las que pertenecen hayan acogido el mismo sistema para el manejo de sus controversias o que, en su defecto, las partes directamente se sometan a él y no haya disposición legal que lo impida. Dada cualquiera de esas condiciones, el caso no admite dudas y se ha de someter a las autoridades propias de las comunidades indígenas, sin ningún tipo de reglas adicionales de partida⁴³⁹.

iv) La intervención del sistema judicial en la justicia indígena

⁴³⁸ Al respecto dice la Corte Constitucional en Sentencia C-319/96: “Es tan claro el fenómeno del delito como construcción cultural y su referencia a valores que tienen arraigo específico en entornos culturales concretos, que en Colombia- y ello se vive hoy más a partir de la nueva Carta Política - perviven al lado de una cultura mayoritaria que se nutre, de manera general, de la cultura de occidente, comunidades indígenas que, por ejemplo, promueven concepciones radicalmente diversas de los comportamientos merecedores de reproche social y penalizados en sus comunidades”.

⁴³⁹ Al respecto ha dicho la corte (Sentencia C-139-96): “En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos sólo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela”.



(#105) El sistema jurídico colombiano es claro en que la competencia sobre los asuntos típicos de la justicia indígena es exclusiva y excluyente para ésta. De modo que, por jurisdicción, si una autoridad judicial recibe un caso típico está en el deber de remitirlo a las autoridades propias del pueblo correspondiente. Empero, aún en un caso típico y aunque ya haya sido decidido mediante la JI, las autoridades judiciales intervienen cuando un individuo requiere la intervención judicial por vía excepcional, mediante la acción de tutela. Es así como los jueces del Estado recurrentemente tramitan casos en los que destinatarios de los procedimientos comunitarios de administración de justicia alegan violación de derechos fundamentales. Mediante tales acciones reclaman ante jueces ordinarios que, en la actuación de las autoridades propias⁴⁴⁰ por pretendida violación de los derechos fundamentales que se ven afectados por el manejo que se da en la comunidad a las controversias. En la mayor parte de los casos que atienden las autoridades judiciales se alega que mediante los procedimientos comunitarios: (1) se han pretermitido principios de carácter procesal como el de contradicción, doble instancia, asesoría jurídica o; (2) se han impuesto sanciones proscritas desde los textos constitucionales como las corporales o el destierro o; (3) se ordenó un castigo sobre asuntos no definidos previamente como punibles. Se trata, de un claro conflicto que exige a los jueces ordinarios situarse en los dilemas entre derechos individuales y derechos colectivos, a que nos referimos en el acápite anterior (#104).

La otra causa por la que pueden intervenir los operadores judiciales es cuando se alega que la competencia de las autoridades de justicia indígena y se hace necesario dirimir la colisión. Tales dudas se presentan cuando no se reúnen con claridad los dos requisitos (material y territorial) para que la Jurisdicción Indígena sea la llamada a abocar el caso. La materia de conflicto se controvierte cuando se han presentado

⁴⁴⁰ En ese ejercicio, el operador judicial difícilmente establece una relación horizontal con los órganos de justicia de la comunidad.



conductas que la legislación estatal contempla como delito pero que no son reprochables en el sistema de regulación propio. Entonces, habría que diferenciar los casos en los que los efectos de la conducta se agotan al interior de la comunidad de aquellos en los que se causan efectos por fuera del respectivo sistema normativo indígena. En el primer caso, con las salvedades y las debidas garantías, ese será un asunto en el cual habrá que respetar a la comunidad la facultad que tiene de definir sus propias reglas de convivencia y la regla que debe imperar es la propia del pueblo indígena⁴⁴¹. Por tanto quedaría por fuera de duda⁴⁴².

La Corte, en fallos claramente alineados en la segunda tendencia mencionada en el acápite anterior (#105), ha ido en esta dirección. Al hacer una interpretación sistémica de nuestro régimen institucional, esta línea de decisión constitucional procura ubicar con la mayor claridad posible el conjunto de instituciones que favorecen la autonomía indígena. En fundamento de su posición, la Corte Constitucional reclama que el reconocimiento de la diversidad étnica y el pluralismo jurídico están en la base tanto del orden político y jurídico como de la organización del Estado. Al ser, desde la perspectiva definida por la Corte, la Jurisdicción Indígena desarrollo de esos postulados, y por su *status* de norma constitucional, lo que se

⁴⁴¹ En esa dirección parece apuntar la corte cuando en otro aparte de la misma sentencia señala: “Aquello que para el Código Penal es secuestro, en ciertas comunidades es raptó de mujeres como inicio de una relación de pareja; aquello que es pena en la legislación penal ordinaria, en otras comunidades se liga más al proceso de enmienda de la ofensa entre el grupo familiar ofendido y el ofensor, independientemente de los castigos individuales: actores colectivos ajustan los límites de la fundamentación de la pena en estas sociedades”.

⁴⁴² Este principio, sin embargo, parece estar perdiendo cada vez más fuerza en ciertos delitos. En abril de 2016 una treintena de casos de violación fueron asumidos por la justicia ordinaria. A partir del pedido de varios dirigentes de la propia comunidad Wayuu la fiscalía general inició la investigación con el argumento de que las violaciones no hacen parte de las normas consuetudinarias indígenas. Algo obvio, porque, precisamente la justicia (y en este caso la propia) está llamada a actuar cuando se estima que se están violando las normas. Aceptar este argumento como regla general sería acabar con la jurisdicción indígena por sustracción de materia.



deriva es encontrar la manera de delimitar ese terreno fronterizo estableciendo criterios de enorme valor sociocultural y jurídico sobre el campo en el que ha de ejercitarse la competencia de las autoridades de justicia propias de los indígenas⁴⁴³.

v). Justicia fronteriza

(#106) Otra cosa sería, como lo veremos enseguida, cuando el comportamiento repercute fuera del territorio propio⁴⁴⁴. Y ello, por regla general, es muy frecuente en la vida de las comunidades y en la labor de las instituciones de justicia porque las comunidades originarias no están aisladas. Si revisamos el mapa de la presencia territorial de los pueblos indígenas, veremos que ellos, luego de cinco siglos, se ubican en áreas que se salpican a lo largo y ancho del territorio nacional. Con lo cual muy buena parte de las relaciones comerciales, laborales y hasta familiares de los integrantes de tales comunidades se establecen con sujetos de otras culturas, que pueden ser indígenas, afrocolombianos o campesinos mestizos. Ello trae como consecuencia que buena parte de los conflictos que se presentan a las personas que hacen parte de una comunidad indígena, en estos territorios de frontera cultural, sean

⁴⁴³ Dice en Sentencia T-496/96: "El conflicto de competencias entre la jurisdicción páez (la comunidad indígena páez es una de las más pobladas del país) y la Jurisdicción Nacional. De acuerdo con lo establecido en esta providencia, el fuero indígena conjuga dos elementos: el personal, que establece que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y el territorial, que permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio. Para el caso de la comunidad páez, estos elementos se concretan como se señala a continuación: "El territorial, en principio, en el territorio del resguardo de Toribío, Departamento del Cauca; pero su competencia se extiende a otros resguardos indígenas en los cuales hay grupos migrantes de Toribío, de conformidad con convenios de cabildo a cabildo. El elemento personal, en principio, respecto de los miembros de la parcialidad."



catalogados como externos a la misma. En la misma Sentencia T-496-96 se propone que debido a la indeterminación sociocultural a que están sometidos los territorios debe considerarse que “no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.”.

Entonces se presentan diferentes problemas hipotéticos. Un caso se presenta cuando la acción de uno de los sujetos de la comunidad, aun cuando en su territorio no esté sujeta a prohibición, tenga efectos fuera de la comunidad donde se considera delictiva por parte del régimen nacional⁴⁴⁵. Entonces ya no será un asunto exclusivamente interno. La corte ha contemplado la hipótesis de que el conflicto se presente con la llamada cultura nacional. Entonces, lo que promueve es que en esos casos se entre a considerar hasta dónde el indígena *sub judice* actúa con conciencia de su ilicitud para definir si puede ser catalogado como transgresor de la ley colombiana⁴⁴⁶. Situación similar encontramos en aquellos conflictos en los cuales una de las partes no está cobijada por la Jurisdicción Indígena en una comunidad específica. En tales casos es bastante posible una colisión de competencias con la jurisdicción ordinaria⁴⁴⁷. Ese conflicto de competencias sólo podrá resolverse en cada

⁴⁴⁵ El caso de más frecuente ocurrencia es el de la producción y venta de cultivos ilícitos como la hoja de coca. Sin embargo, el más visible en época reciente es el de Feliciano Valencia, dirigente de la comunidad Nasa cuando se le juzgó y condenó en segunda instancia a 18 años de prisión por conductas que la justicia judicial consideró delito cuando, de acuerdo a los procedimientos fueron el cumplimiento de las normas propias y en ejercicio de la jurisdicción indígena establecida en la constitución.

⁴⁴⁶ Para tales casos los jueces reclaman una interlocución generalizada del gobierno con las autoridades indígenas que permita definir políticas comunes en materias que, como ocurre con el cultivo de coca, no podrían admitirse como ilícitas en muchas de las tradiciones indígenas.

⁴⁴⁷ La Corte elabora unos criterios que permiten discernir ese conflicto competencial. En sentencia T-496-96: “Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del hecho



caso pero, dadas estas circunstancias, habrá razones de peso para reclamar que la jurisdicción indígena no tiene competencia y en muchos casos prosperará un procedimiento judicial nacional contra un indígena⁴⁴⁸.

En este contexto, al hablar de la A de J en las comunidades indígenas, debe tenerse en cuenta dos grandes conjuntos relacionales y conflictuales: el monocultural, de las comunidades a su interior y el intercultural, que se presenta en una dinámica creciente de interacción de los integrantes de cada pueblo o cultura aborigen y las culturas con las que interactúa cotidianamente. Frente a tales casos, la fórmula definida por la Corte de someter a las reglas del derecho estatal nacional el trámite de los conflictos transculturales constituye una línea que se contradice con el principio, formulado como básico de garantizar la justicia propia como fundamento de la propia cultura, por dos diferentes razones. De un lado porque se desconoce que, en medio de las dinámicas de poblamiento, migración y desplazamiento forzado, una alta y creciente parte de la conflictividad comunitaria se presenta con sujetos y grupos

si se actuó en la comunidad mayoritaria y conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”.

⁴⁴⁸ Al respecto puede verse a Pérez (1997, pp. 199 y ss.) y las sentencias ACU-01-92, C-058-94, C-104-95, C-139-96, T254-94, 7-349-96, T-496-96, T-523-97, T-605-98. Llama la atención como en mayo de 2016, el Fiscal General de la Nación inició acción penal en contra de los presuntos responsables del delito de violencia sexual en menores de la comunidad Wayuu. Argumentó que los indígenas no tienen competencia para estudiar delitos que no hacen parte de su cultura, no obstante que la norma constitucional es contundente al señalar la competencia genérica de las autoridades indígenas frente a cualquier tipo de falta o delito. Lo más llamativo es que varios dirigentes de la comunidad han pedido la intervención de la autoridad judicial.



pertenecientes a diferentes culturas. Del otro lado, porque muy buena parte de los conflictos interculturales, pueden presentarse entre sujetos y actores de diferentes pueblos indígenas, o de alguno de ellos con una cultura afrodescendiente o de una comunidad de colonos no integrada en el sistema jurídico nacional que puede o no sentirse participe de la cultura occidental.

Entonces, para ser coherentes con la fórmula constitucional que ordena al Estado proteger la diversidad cultural de la nación colombiana (Art. 7), se hace necesario desarrollar alguna forma de justicia que haga factible la actuación intercultural horizontal por parte de las autoridades de las comunidades implicadas en aquellas controversias que surgen en la interacción entre sujetos pertenecientes a estructuras sociales espacial y relacionamente interactuantes. Las comunidades, al lado de las instituciones dedicadas a la gestión de conflictos intraculturales, han desarrollado mecanismos e instancias responsables de la actuación en los casos en los que las disputas se presentan en las relaciones con otros grupos sociales y universos de sentido. Es cierto que ellas en muchos casos han llegado a estar desuetas frente a la forma frenética como esas relaciones y conflictos se incrementan en la época actual por lo que están llamadas a actualizarse y a transformarse desde sus propias dinámicas. No es justificable desde nuestra juridicidad ni desde nuestro ordenamiento político que esos vacíos o debilidades sean cubiertos por el sistema judicial que factiblemente sería inaceptable para los sujetos culturales implicados en tales conflictos fronterizos. Se necesita desarrollar una institucionalidad culturalmente fronteriza que prospere de manera armónica con ellas, al lado de las instituciones de justicia que tramitan conflictos internos de cada cultura. Las necesidades de justicia transcultural no se resuelven aniquilando la diversidad cultural donde ella se expresa de manera más dinámica. Si las autoridades de JPR cuentan con competencia legal para atender sus propios conflictos, sería coherente que las entidades del Estado reconozcan que las autoridades de diferentes culturas pueden combinar sus competencias para abocar la conflictividad que trenza a sus comunidades.



RECAPITULANDO

El aparato estatal interactúa de manera diferenciada en las áreas de caos de aquellas que han logrado establecer o mantener orden por fuera de los alcances del aparato político nacional, sin embargo el balance de su aporte a los procesos de regulación comunitaria es negativo. En las primeras se desarrollan acciones de diferente signo pero que tienden a delimitar, subordinar y, muchas veces, socavar, la capacidad ordenadora de las instancias y procedimientos de justicia comunitaria. Siendo así, la actuación estatal con ellas puede ser calificada como un elemento que en el largo plazo contribuye al caos porque, más allá de los problemas señalados de etnicidio y epistemicidio que se producen, la capacidad regulatoria de las instituciones propias que se va destruyendo no es compensada por la eficacia de las instituciones que se promueven desde las entidades del Estado. Como correlato, las figuras de JC establecidas en el sistema jurídico nacional han tenido unos desarrollos muy precarios y sin instrumentos claros de sostenibilidad.

En cuanto a la JI, hemos visto que el Estado ha cambiado de manera radical su relación con los sistemas de regulación propia y las estructuras de administración de justicia en los últimos veinticinco años. Hemos visto que ello no significa que se revierta la tendencia histórica de destrucción de la cultura, las instituciones y los saberes jurídicos de los pueblos. Ahora, en Colombia estamos en un periodo en el que las entidades del Estado cuentan con los canales para influir en la evolución de los sistemas de justicia propia y entre estos existe un actitud más o menos voluntaria de asimilación de las formas, las prioridades y los enfoques que se promueven o imponen en el derecho occidental. La Corte Constitucional se ha movido entre dos extremos más o menos restrictivos de la capacidad regulatoria de la juridicidad de los pueblos originarios: la tesis de que el catálogo de derechos fundamentales rige de manera



igual para todos los colombianos, incluidos los indígenas, y la tesis de que las instituciones occidentales sólo están autorizadas a intervenir en caso de que se violen algunas normas, que deben considerarse como los mínimos frente al derecho a la propia cultura.

Empero, no sería equilibrado desconocer que la justicia indígena se encuentra en etapa en una nueva etapa que es, en muchos sentidos de expansión porque el encuentro sinérgico entre las movilizaciones indígenas y los cambios institucionales que significaron el desarrollo hecho por la CC a la norma constitucional que establece el reconocimiento genérico de las autoridades, las normas y los procedimientos propios dentro de territorios indígenas. En consecuencia hoy, a pesar de las tendencias restrictivas de la propia cultura que han avanzado en varios periodos, sigue predominando la idea de que la JPR sólo puede ser limitada por un puñado de derechos considerados esenciales y la previsibilidad de las actuaciones mediante las cuales se administra justicia.

Las posturas de la Corte, que implican una mejor situación para la propia cultura, sin embargo pone un cerco dentro del cual la justicia propia de las comunidades aborígenes sólo pueden intervenir en los asuntos intraculturales a pesar de que las dinámicas sociales y económicas generan el crecimiento de los conflictos interculturales. El alto tribunal exige que en estos casos la A de J sólo puede ser adelantada por los operadores judiciales ordinarios. Con lo cual se desconoce de tajo a una o más culturas implicadas en un conflicto y se van reduciendo los espacios en los cuales opera el anunciado principio constitucional de diversidad cultural y jurídica de nuestro ordenamiento constitucional.



IV. Justicia en equidad: ¿la pariente pobre de las instituciones?

(#107) La figura de los JP, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países del continente, ha estado ausente por casi dos siglos en las zonas donde se requiere en Colombia (#, cap. II). Fue, en medio de las transformaciones institucionales de la última década del siglo pasado, ante la mayor escalada de violencia de nuestra historia, que se estableció la figura primero en los textos legales y luego se fue implementando en diferentes lugares del territorio nacional. El JP o CE con un débil y episódico destello oficial, se ha ido presentando como única o fundamental oferta institucional no sostenida del Estado en las áreas de caos de las principales ciudades o en los municipios más azotados por la violencia directa. A pesar de que aparecen en los discursos oficiales y académicos como recurso para el acceso a la justicia o para la pacificación y la seguridad, o para la descongestión de despachos judiciales, JP y CE fueron figuras que aparecieron sin mayor notoriedad en el paquete de innovaciones institucionales de 1991 y que no han llegado a constituir una política de Estado en ninguna de esas líneas. Con problemas de diseño relativamente sencillos de superar, si se tiene claridad en el papel que pueden cumplir, la debilidad de estas figuras se ha mantenido en las diferentes políticas en las que ha ido saltando en medio de una carencia estructural de voluntad política y una acción institucional que las promueva.



Ocuparemos las próximas páginas en analizar la manera como se relaciona la justicia en equidad con el Estado. En primer lugar, examinamos el vacío que antecedió a la recepción, de estas figuras hace un cuarto de siglo. En segundo, miraremos la forma como se regulan por parte del sistema jurídico nacional y cómo se pretende irrigarlas en algunos escenarios particulares. Finalmente, miraremos la manera compleja como se da la relación de los operadores de JE con los actores y agentes del Estado en sus diferentes niveles y ramas.

A. El Juez de Paz: Una figura injustificadamente evadida

(#108) Hemos visto cómo hacia 1837 quedaron atrás todos los vestigios de los jueces capitulares (#34). La ideología legalista de la que hablamos en el capítulo segundo (#39), encarnada en las élites de hacendados que fueron consolidándose en todo el territorio, prefirió que la figura legal de los jueces y de los administradores de justicia correspondiera a la del estricto aplicador de las normas legales. Aunque, en la práctica, los jueces eran muy escasos y distantes para la mayoría y, como se ha sustentado (#38), estuvieron subordinados de manera inmediata a las estructuras apabullantes de poder local de los grandes propietarios rurales⁴⁴⁹. Los cargos de los operadores judiciales hacían parte del botín burocrático que se disputaron durante más de un siglo de guerras civiles los partidos liberal y conservador. Al declararse la

⁴⁴⁹ “Los episodios críticos de este proceso que buscaba un propósito de dominación con instrumentos policlasistas de origen <<hacendario>>, abarca el proceso de federación que se inicia en 1863, la lucha centralizadora de Rafael Núñez, la violencia rural recurrente a partir de 1948 y la consolidación de una nueva <<alianza>> táctica de los partidos en el llamado régimen del Frente Nacional, lejano pero evidente reflejo de la reconciliación de generales hacendados al terminar la guerra contra José María Melo”. (Guillén-Martínez, 2008, p. 383)



victoria, cada terrateniente del bando vencedor contaba con la sumisión del juez de su localidad. Aun cuando la mayor parte de los asuntos se sometían a gestiones que distaban en mucho de los alcances del operador y del sistema judicial. De modo que la historia de la manera como se han tramitado las controversias sociales está claramente sometida a la ley del más fuerte cuando no a un infinito destellar de procesos de escalada que nos fueron convirtiendo con las décadas en uno de los países más violentos del mundo.

Apenas hacia la década de 1960 se llegó a contar con mecanismos jurídico-políticos que permiten avanzar hacia una rama judicial independiente en Colombia (#42). De entonces hacia acá ha habido esfuerzos importantes pero insuficientes para establecer jueces que obren con autonomía en frente de los poderes fácticos locales y regionales. Además de que han estado ausentes de amplias zonas del territorio nacional⁴⁵⁰. Una situación de la que no han sido ajenas las grandes ciudades como Bogotá, Medellín y Cali. Nuestro mapa territorial, si bien hoy presenta más uniformidad, ha estado muy salpicado de zonas de caos. Frente a ellas, las figuras de los JP y CE, desde las diferentes orillas se les veía con esperanza como una vía civilista adecuada para ofrecer regulación y acceso a la justicia a amplios sectores poblacionales⁴⁵¹. Una parte importante del movimiento crítico del derecho (Rojas, 1988; Ardila, 1991), alojado en organizaciones no gubernamentales y en algunas

⁴⁵⁰ Al comenzar el presente siglo había en Colombia más de 700 municipios en disputa territorial entre los actores del conflicto armado, donde los jueces estuvieron confinados en unas cuantas manzanas de las respectivas zonas y en cerca de la mitad no había presencia siquiera de la fuerza pública. (García Villegas, 2008)

⁴⁵¹ “En realidad, el constituyente no hace otra cosa que dar visibilidad a las jurisdicciones especiales y reconocer ciertas prácticas comunitarias de resolución de conflictos que han venido siendo empleadas en las comunidades tradicionalmente. Así pues, se trata de revestir de validez jurídica las decisiones adoptadas por la figura de la autoridad comunitaria que resuelve conflictos que afectan a la convivencia cotidiana, de una manera ágil y sin formalidades”. (Corte Constitucional Sentencia C-631/12)



universidades, así como entidades del Estado, coincidían en el interés de desarrollar las figuras constitucionales para construirnos al fin como nación una nación pacífica.

En 1994, en la Presidencia de la Republica se asumió la tarea de poner a andar la figura de los JP⁴⁵², establecida en la Constitución Política pero ese impulso inicial decayó al poco tiempo. De modo que, mientras el tema de la justicia indígena se fue posicionando a través de decisiones pioneras a nivel mundial por parte de la Corte Constitucional, el tema de los JP y los CE fue perdiendo fuerza entre los programas del Estado. Entre 1996 y 1999, los programas de JC fueron decayendo en el Ministerio de Justicia. A pesar del desgano del gobierno nacional por el tema, la JC no perdió fuerza en el Estado. Durante el último lustro del siglo siguió desarrollándose en entidades territoriales afectadas por el conflicto armado como Cesar, Sucre, Magdalena Medio y Antioquia. Aunque donde logró algún nivel de institucionalidad fue en ciudades capitales como Cali, Medellín, Bucaramanga y el propio Bogotá. Simultáneamente se fue construyendo el tema en diversas entidades académicas. Al final del milenio contaban con algún proceso de docencia, investigación o extensión en el tema las Universidades de Nariño, en Pasto; del Cauca, en Popayán; del Valle, Libre y San Buenaventura, en Cali; Autónoma Latinoamericana en Medellín; Cesar en Sincelejo; Autónoma y Cooperativa, en Bucaramanga. En Bogotá, hubo confluencia en las figuras de Conciliadores en Equidad de parte de la Universidad Externado y la de los Andes, pero con enfoques relativamente divergentes del de justicia comunitaria. Además de Bogotá, las figuras de JE tuvieron un desarrollo destacable en Santander, Antioquia y

⁴⁵² Personalmente estuve a cargo de ese programa, como Jefe de la Unidad de Justicia del principal programa presidencial de entonces: El Plan Nacional de Rehabilitación (1994-1996) cuyo principal horizonte de operaciones fue el desarrollo de las condiciones para la pacificación de las zonas que fueron escenario de la confrontación armada entre las guerrillas y las fuerzas del Estado.



Valle en el último lustro del siglo XX⁴⁵³ pero era sobre todo por el impulso de ONGs o de algún alcalde avenido desde el mundo académico sin mayores recursos ni sostenibilidad.

Hacia el año 2000, cuando se puso en vigencia la ley de JP (497 de 1999) se empezó a hablar de JE para comprender tanto a éstos como a la de los CE Las dos, siendo figuras emanadas de los diseños institucionales de 1991 se basaron en el modelo de los JP del Perú pero para la época habían tomado caminos diferenciados por sus reglamentos y sus vínculos orgánicos. El Viceministerio de Justicia había venido avanzando en la estructuración de un programa que posibilitara que los CE fueran viables y sostenibles, para lo cual propuso que la figura naciera conectada a un sistema local de justicia, en el cual convergieran y se coordinaran todas las ofertas institucionales de A de J (Medina, 2002). Sin embargo esa intención nunca contó con el músculo político suficiente para liderar a todos los actores que debieron participar.

Por el contrario, lo que se impuso fue la multiplicación desaforada y sin un programa claro de los operadores de justicia. Agenciados y patrocinados por USAID, decenas de ONG llegaron a establecer en un cuatrienio 2.100 conciliadores nuevos (Roig & Rose, 2005, p. 3) sin perfiles claros y sin propuestas sostenibles, en diferentes

⁴⁵³ En el primero, una acción liderada por la Corporación Compromiso y la organización campesina El Común con procesos de base en diferentes zonas del departamento. Junto con la Asociación de Conciliadores lograron fortalecer y posicionar la figura en el área metropolitana de Bucaramanga y, en asocio con las universidades Autónoma, Cooperativa y Santo Tomás y Funprocep, lograron una incidencia creciente en entidades estatales y académicas. En Antioquia, gracias a la labor protagonizada por el Instituto Popular de Capacitación y la Corporación Región se desarrollaron experiencias visibles nacionalmente, como la de Moravia. En diferentes zonas del Área Metropolitana de Medellín y otros municipios del Departamento, lograron posicionar programas de justicia comunitaria en las instituciones municipales y articular procesos de las universidades de Antioquia, Autónoma Latinoamericana y Luis Amigó.



regiones del país⁴⁵⁴. Consultores de Checchi, la agencia operadora, lideraron un grupo de ONG's que en la mayoría no tenían trayectoria alguna en el tema (y que no siguieron con él, como era esperable). Con lo cual hicieron un esfuerzo de formación y nombramiento de operadores cuya huella empezaba a desaparecer apenas se acababan de usar los recursos internacionales destinados a cada lugar. Con la salvedad de algunas entidades que habían establecido líneas de promoción de la figura dentro de su estructura programática y pudieron ir más allá de esas oleadas de financiación⁴⁵⁵. Durante la década de los noventa se había constituido una identidad política alrededor del concepto de JC desde un enfoque que ligaba los saberes y las dinámicas de autonomía popular a la democratización de la justicia (Ardila, 2003). Sin embargo, lo que se fue imponiendo para esa época fue un enfoque que reducía las figuras a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC)⁴⁵⁶ que diseminaron, con el paquete respectivo de dólares, los consultores de USAID⁴⁵⁷. Incluso, organizaciones que venían con enfoque de JC, entraron en esa tónica, que era

⁴⁵⁴ De los cuales sólo se tiene noticia de un centenar.

⁴⁵⁵ La mayoría articuladas alrededor de los consensos y el enfoque crítico del derecho que se habían organizado en la Red de Justicia Comunitaria como la Corporación Región e Instituto Popular de Capacitación (Medellín); Corporación Compromiso y Organización El Común (Santander); Escuela Ciudadana (Cali).

⁴⁵⁶ Llamados frecuentemente, con mucho menor entidad “Mecanismos extrajudiciales de gestión de conflictos”.

⁴⁵⁷ En USAID era claro que ellos impulsaban una tendencia diferente. Puede leerse en la evaluación de quien lideró el tema de MASC: “Como se ha mencionado en informes anteriores a USAID, continúa existiendo una tensión entre los conceptos de Justicia Comunitaria y MASC en este país. Justicia comunitaria en Colombia tiene un importante reconocimiento de los métodos históricos, autónomos, culturales y locales de resolución de conflictos dentro de las comunidades. (...) Cuando la Conciliación en Equidad se etiqueta como ‘Justicia Comunitaria’ se agrupa con otros procesos autónomos, basados en la comunidad y el papel del Estado se reduce al mínimo. (...) Mientras que si la Conciliación en Equidad se concibe como un simple MASC, se ve como un programa creado por el Estado para facilitar el acceso a la justicia y resolver conflictos dentro de un sistema gubernamental de justicia. (Roig & Rose, 2005, p. 18)



en alta medida coincidente con la que el Viceministerio de Justicia estableció en un programa de Conciliación que se reanimó en esta etapa.

El esfuerzo institucional más grande que se ha hecho en el país para la conciliación en equidad, entre otras figuras, se sitúa en Bogotá. En el Distrito, se estableció un equipo especializado de cincuenta personas, conformado por profesionales de alta calificación (Barreto & Perafán, 2000), en las conocidas Unidades de Mediación y Conciliación –UMC. A ellos se les asignó la tarea principal de construir redes de conciliadores en doce de las veinte localidades del Distrito. Esa fue una línea priorizada financiera y programáticamente por las tres administraciones de la primera década. Se invirtieron recursos humanos y financieros para establecer cientos de conciliadores cada año. Su impacto no está cuantificado, aunque parece que la relación costo beneficio es desproporcionada frente a otras experiencias. Con valiosas excepciones, igual que en los esfuerzos de la cooperación internacional, los procesos tendían a perecer rápidamente y los nuevos conciliadores no engrosaban el número de los nombrados en el periodo anterior. En Cali y en el Área Metropolitana de Medellín se desarrolló un esfuerzo similar aunque con menor inversión y mejores resultados.

Por su parte, al empezar a regir la ley que los estatuye, y por su diseño confuso, empezaron a surgir JP desamparados en diferentes puntos del territorio nacional. El Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) asumió lentamente su responsabilidad de formar reactivamente a los JP elegidos, pero con limitaciones de oportunidad tan grandes que en muchos de ellos operaron sin capacitación oficial por años. La ley no le da herramientas al CSJ para intervenir en el proceso de creación de las plazas de JP y tampoco en los programas locales que, por regla general nunca se establecen. Entonces el CSJ no podría prever dónde un Concejo Municipal echaría a andar la figura y cuántos operadores serían elegidos. Con lo cual, la mayor parte de los 1.200 existentes en 2004 tenían un sentimiento de aislamiento institucional porque no había entidad alguna que asumiera vínculo orgánico con ellos. Mucho tiempo después,



a veces años, de elegidos recibían un curso de unos días por parte de la Escuela Judicial y luego quedaban expuestos nuevamente a los escasos respaldos que buenamente ellos mismos pudieran recibir mediante su propia gestión. De la institucionalidad nacional, por regla general un juez de paz no tendría noticia sino cuando, si por desgracia, les iniciaran un proceso disciplinario.

Durante el primer lustro del milenio hubo una tendencia generalizada a la expansión de las dinámicas de justicia comunitaria al tiempo que iban cobrando fuerza los vectores que generaban dispersión y aislamiento entre las figuras y los procesos sociales y culturales en los que ella germinaba. En la expansión frenética que estaba experimentando la justicia en equidad, no se cuidaba de asegurarles herramientas de pertinencia sustancial y metodológica a nuestras realidades antes que al crecimiento desaforado que se estaba produciendo⁴⁵⁸. Sobre todo porque en cambio de ocuparse de consolidar una figura, los mismos actores que la habían promovido, se ocupaban de introducir una nueva, produciéndole una debilidad externa⁴⁵⁹ a sus propios procesos. También porque el principal motor de este desafuero fue la cooperación de Estados Unidos y su equipo de consultores que estaban en las antípodas de los consensos construidos en la década anterior. Nuestras

⁴⁵⁸ Así lo planteamos en un debate sobre los procesos de implementación que se dio en Bucaramanga en 2003. Sostuvimos que la expansión de la figura que se estaba produciendo no era sostenible. No era sino un esfuerzo como el de Sísifo que tendría que repetirse una y otra vez porque no se sustentaba en procesos comunitarios consistentes. Dijimos que las comunidades no eran “una cantera inagotable” y que lo que se estaba haciendo debilitaba las figuras en lugar de fortalecerlas. La crítica produjo rechazo similar entre los representantes de la USAID, el Viceministerio de Justicia y de las ONG que estaban operando esa política.

⁴⁵⁹ Generalmente se empezó por los conciliadores en equidad, luego se dio paso a los jueces de paz como figura que entraba en competencia con ellos (como en Medellín, Bogotá, Ibagué, Manizales, Barranquilla) y, en casos como el de Bogotá, se crearon otras figuras paralelas como los mediadores comunitarios y los promotores de convivencia.



figuras eran promovidas por ellos como unos MASC, cuyo objeto era atender la marginalidad. Sin ninguna herramienta para que dejaran de serlo⁴⁶⁰.

La de los CE, fue la figura que más se orientó bajo un simple enfoque de MASC. En consecuencia, por ello llegó imperar la tendencia que se ponía de espaldas al respaldo social y referentes locales que se proponen desde el enfoque de JC. A estas figuras se las concebía como simples mecanismos desprovistos de recursos para su sostenibilidad porque se le negaba el soporte comunitario, aunque no se le ofrecía ningún otro. Si bien el número de municipios con conciliadores nombrados siguió creciendo hasta cerca de los doscientos al final de la década pasada, es altamente posible que luego del nombramiento no haya quedado un proceso social en la mayoría de los casos y que los conciliadores nunca fueran más que una denominación jurídica de una práctica inexistente.

Los CE y los JP, pese a su vocación localista y a que estos últimos se convocan por decisión del respectivo Concejo Municipal, no contaron con un programa o una política que les diera asidero institucional a ese nivel. De modo que empezaba su proceso de desgaste apenas alcanzaban su nombramiento. Los operadores se encontraban desde el primer momento con la realidad de que no sólo tenían que trabajar gratuitamente como OJ sino que, además, debían trabajar gratuitamente en la promoción de las figuras e, incluso, sufragar costos de operación⁴⁶¹. De modo que

⁴⁶⁰ Boaventura de Souza Santos muestra cómo esa lógica produce un empoderamiento cuyos alcances no pueden pretender desbordar los límites de la marginalidad: "Tiene cuando más, una autonomía meramente negativa: la libertad de no depender del Estado para prestar servicios y desempeñar funciones que el Estado reconoce como legítimas y hasta recomienda. No tiene, en cambio, autonomía positiva: la capacidad de luchar por medidas y servicios que, así sean estructuralmente posibles, son funcionalmente incompatibles con los intereses generales de la clase dominante. La hipótesis que adelanto es que la organización comunitaria tutelada por el Estado será la forma de desorganización de las clases trabajadoras en el capitalismo tardío." (Santos, 1991, p. 138)

⁴⁶¹ Un problema en el que cabe una alta responsabilidad al grupo que trabajaba en el tema liderado por el decano de entonces en la Universidad Nacional de Colombia. Entre 2002 y



donde las figuras prosperan se debe a la combinación virtuosa y azarosa de operadores comprometidos con un escenario comunitario fértil en el que se articulan y al que favorecen.

Entre tanto, el Viceministerio de Justicia y el CSJ, carecían de la claridad institucional y rubros presupuestales sobre cómo responder para dar sostenibilidad a las nacientes instancias. Por el contrario, los programas que apenas brotaban dependían casi exclusivamente de los magros recursos de los que disponía la cooperación internacional⁴⁶² para el tema. No llegaron a establecer un rubro consistente para atender las necesidades de los procesos que estaban en marcha, mediante el presupuesto nacional. Con el agravante, en el caso del Ministerio de Justicia, de que los limitados recursos que iban obteniendo, se priorizaban para nuevos municipios a los que se entraba y se salía sin mayor contacto con las autoridades y dinámicas sociales existentes en el territorio. Dejando expósito un nuevo grupo de conciliadores en equidad⁴⁶³. En tanto, los Concejos Municipales, generalmente con ligereza, fueron convocando a las elecciones de los JP, pero sin establecer programa alguno que le diera viabilidad como figura local, ni hacer las previsiones para que los elegidos al menos conocieran sus responsabilidades al empezar el periodo.

2003 se dieron a la tarea de acompañar al gobierno distrital de Bogotá en la empresa de montar la figura de los jueces de paz. Incrementando los problemas presentes en el diseño legal de la figura, sin un perfil claro de operadores y sin ninguna estrategia de sostenibilidad establecieron el programa más grande que ha tenido el país. Rápidamente empezó la deserción.

⁴⁶² Orientados sobre todo por las necesidades de la guerra contra los grupos subversivos, dado que estos programas, en tiempo y en dinero, han ido a la cola de la expansión militar del Estado en los territorios de confrontación armada. (Ardila , 2006).

⁴⁶³ De hecho, en los documentos del Ministerio se admite que la figura no es sostenible y debe repetirse el proceso de implementación cada tres años. Algo verdaderamente incoherente, dado que en el Ministerio si no ha habido recursos para plantar por una vez la Conciliación en Equidad más que en una cuarta parte del país, menos para pensar en repetir procesos.



B. La justicia en equidad en el sistema jurídico nacional

(#109) Hay varias figuras que se catalogan de JE en Colombia aunque las más generalizadas se asocian con los JP. Las figuras de los JP y los CE son esencialmente la misma. Principalmente porque ambas se derivan de la que se había consolidado para los JP en el Perú unos lustros antes, tras más de un siglo de maduración en diferentes regiones y contextos culturales de ese país. Jaime Giraldo Ángel, el Ministro de Justicia de entonces, promovió simultáneamente dos iniciativas. De un lado, impulsó la figura de los JP que, inicialmente, vino a constituir el artículo 247 de la Constitución Política de 1991 y que tendría su reglamentación mediante la ley 497 de 1999. Del otro, promovió el establecimiento de los CE, como una de las figuras en la Ley 23 de 1991, de Descongestión de Despachos Judiciales, que se tramitó en el Congreso Nacional. Posteriormente la figura ha tenido algunas disposiciones modificatorias en leyes posteriores pero en esencia sigue siendo la misma que se tomó de la mencionada figura peruana. Por esta razón decimos que en Colombia contamos con dos tipos de JP, los que se llaman de ese modo y los que se denominan CE. Las dos figuras, si bien tienen algunas diferencias, tienen el mismo estatuto en el sistema jurídico nacional.

Estas figuras son una creación del Estado mediante la cual se otorga a una persona de la propia comunidad la capacidad para administrar justicia con validez ante el sistema jurídico nacional. Para lo cual, se establece un sistema de designación que parte de la propia comunidad (mediante la postulación de personas a ser nombradas por la autoridad judicial, en el caso de los conciliadores o, en el caso de los JP, a través de un simple acto electoral). Una vez designados, estos operadores cuentan con la facultad legal de administrar justicia basados en lo que se denomina legalmente el “justo comunitario” que consiste en las normas específicas de la



comunidad en la que actúan, aunque no coincidan con las leyes del Estado, siempre que no se actúe en violación de los derechos fundamentales. La competencia que tienen, formalmente, les abre la posibilidad para intervenir con oportunidad en la mayoría de los conflictos regulados legalmente. Con algunas diferencias en sus límites, JP y CE cuentan con facultades para intervenir en una amplia gama de las controversias que se pueden presentar en las relaciones familiares, vecinales, laborales y comerciales⁴⁶⁴. Para ello, las partes pueden convenir con el operador también las reglas para tramitar y decidir los casos, aunque dentro de un marco legal muy sencillo que es indispensable cumplir para que las decisiones tengan plena validez⁴⁶⁵. De acuerdo con la ley, los jueces cuentan con la posibilidad de imponerse a las partes, mediante fallos en equidad, cuando ellas no logran ponerse de acuerdo, mientras que los conciliadores no pueden ir más allá de lo que las partes decidan en común. Sin embargo, dado que el juez de paz tiene facultad para conciliar y carece de suficiente capacidad coactiva, la mayor parte de los asuntos en los que interviene lo hace de manera idéntica a un CE⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Según el artículo 9º de la Ley 497 de 1999: “Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. Y Según el artículo 85 de la Ley 23 de 1991: “Los conciliadores en equidad podrán actuar en todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación”.

⁴⁶⁵ En términos materiales los dos tipos de operadores instrumentan el mecanismo de la conciliación en equidad, produciendo decisiones plenamente eficaces ante el sistema jurídico, siempre y cuando (i) la actuación del operador se haya producido por solicitud de las partes,

(ii) se refieran a asuntos de su competencia legal; (iii) se haya presentado una audiencia de conciliación en la que las partes se hayan escuchado y hayan convenido la decisión; (iii) se haya producido un acta con el cumplimiento de los requisitos legales; (iv) no viole los derechos fundamentales.

⁴⁶⁶ Ver Vallejo, G. (2011). Diagnóstico de los mecanismos comunitarios de gestión de conflictos con énfasis en las necesidades de los usuarios. USAID.



Las decisiones de los procesos de JE, recogidas en actas de conciliación de CE o en fallos de los JP, prestan mérito ejecutivo y hacen tránsito a cosa juzgada. El enfoque eminentemente consensual y comunitario que se les da a estas figuras en las leyes limita a estos operadores para la ejecución de tales decisiones. De modo que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes de lo decidido en un proceso de justicia en equidad, podrá exigirse la ejecución ante la justicia ordinaria⁴⁶⁷ mediante el mismo procedimiento previsto para la ejecución de una sentencia proferida por juez ordinario.

A pesar de que toda la información disponible sobre la experiencia peruana mostraba que era erróneo prohibir el pago a los JP⁴⁶⁸, aquí en Colombia se les impuso la misma medida a las dos figuras que tomaron de modelo el sistema inca. En un principio se proscribió tajantemente la obtención, sin importar la fuente, de algún tipo de remuneración o compensación de costos por los servicios que prestan. Esa medida se ha ido relajando en los últimos diez años, luego de lustros en los que la labor de decenas de operadores destacados por su labor comunitaria fueron sometidos a tortuosos procesos disciplinarios por esta causa. Desde 2008, los JP pueden recibir de las partes una tarifa mínima de compensación de costos (Consejo Superior de la Judicatura, 2008). Para los CE actualmente el Ministerio de Justicia y del Derecho estudia un plan de incentivos dirigido a atenuar el impacto negativo que ha tenido la prohibición de remuneración sobre la figura.

⁴⁶⁷ La eficacia de las decisiones de justicia en equidad se consolida por la potestad que tienen las partes de hacerlas ejecutar por parte de los jueces ordinarios.

⁴⁶⁸ No obstante la prohibición legal de remuneración, en la década de los ochenta, tres cuartas partes de los jueces (72,8 %) reconocían que cobraban por sus servicios y buena parte del cuarto restante no era creíble porque tenía costos de secretaría y oficina que difícilmente se asumirían sin contraprestación por los servicios. La modalidad más generalizada es el cobro de sumas equivalentes a las partes del conflicto (Brandt, 1990, p. 116 y ss.)



C. Otras figuras de justicia en equidad

(#110) Con la misma lógica expuesta, son figuras de JE las que se establecen para gestionar conflictos en escenarios locales muy diversos: (i) la gestión de los conflictos comunitarios que se presenten en el lugar donde opere junta de acción comunal, es competencia del respectivo comité de convivencia y conciliación de la misma (art. 46 de la Ley 743 de 2002) y (ii) los conflictos internos de las comunidades afrocolombianas, cuando sean conciliables, están asignados legalmente a las juntas (art. 11, núm. 12 del decreto 1745 de 1995) de los CCA (art. 5 de la Ley 70 de 1993) para obrar como amigables componedores o conciliadores en equidad en los conflictos internos. Los dos tipos de organismos están legalmente facultados para tramitar y generar las decisiones requeridas para las controversias que surjan en los entornos sociales específicos en los que actúan con eficacia dentro del sistema jurídico nacional.

La primera opción se ofrece de manera más menos difusa a la mayoría de los colombianos pero en la práctica puede llegar sólo a una parte de la población. Las organizaciones se integran aproximadamente 4 millones de afiliados, reunidas en 50 mil juntas, ubicadas principalmente en zonas rurales de todo el territorio nacional (Valencia, 2008). Se trata de una herramienta de participación de carácter vecinal impulsada por el gobierno nacional desde la década de los cincuenta mediante la cual los habitantes de una vereda, barrio o conjunto residencial, se unen para dar respuesta a sus necesidades colectivas a través de sus esfuerzos y recursos o de los programas del Estado. Las juntas cuentan con un organismo que tiene la facultad de tramitar una etapa conciliatoria de los conflictos organizativos y, además, puede abocar las controversias comunitarias que se presentan en el vecindario, mediante la conciliación en equidad. Por esta vía, se cuenta con facultad legal para conciliar en



equidad los conflictos dentro del ámbito de acción de la junta respectiva. Gracias a ello, en amplias zonas rurales la mayor parte de los conflictos podrían ser tramitados por estos organismos dado que la organización comunal es la única opción de autoridad reconocible para la población (#50, #52)⁴⁶⁹.

La otra opción de JE se refiere a un sector poblacional muy extenso pero culturalmente diferenciable. Se estima que un diez por ciento de la población colombiana (unos cinco millones de personas) es afrodescendiente. Puede hablarse con propiedad de comunidades afro en zonas tropicales rivereñas o costeras en el Pacífico; en las costas y sabanas del Caribe; en áreas urbanas de grandes ciudades como Cali, Medellín, Cartagena y, recientemente, Bogotá; en zonas de reciente colonización como en llanos orientales y; finalmente, en el archipiélago de San Andrés y Providencia (Estupiñán). Pero no a toda esa parte de la población se le atribuye la pertenencia a comunidades afrocolombianas. Porque no toda la población ostenta la condición étnica diferenciada o porque no se han dado las condiciones políticas y organizativas para que se establezcan como comunidades afrodescendientes. Sólo la ostentan de manera legal aquellas que cuentan con reconocimiento legal y, en consecuencia, tienen vocación de titulación colectiva de la tierra que ocupan y organizan a través de consejos comunitarios. En cada uno de los cuales radica la potestad de administrar justicia mediante la conciliación en equidad (asimilable a los CE que se ofrecen para el común de la población) y la amigable composición (con

⁴⁶⁹ En la mayoría de los casos, las dinámicas políticas que se presentan en estas organizaciones sociales, fuertemente dependientes de las lógicas de organización y alianzas de los partidos políticos predominantes en cada zona (Guillén-Martínez, 2008, p. 471), someten la configuración de estos Comités de Convivencia y Conciliación a las estrategias partidarias. De modo que la mayoría que estas instancias rara vez cuentan con el consenso de todos los integrantes de un vecindario. Sobre todo porque muchas veces estos comités son asumidos por los sectores políticos menos representativos. En zonas rurales apartadas, la situación puede cambiar y la organización comunal puede ser más uniforme políticamente y, dadas ciertas circunstancias, puede haber Comités de Convivencia altamente representativos y reconocidos comunitariamente.



capacidad adjudicatoria, similar a los jueces de paz) en el marco de sus tradiciones culturales⁴⁷⁰. Tales figuras, junto con la elaboración de los reglamentos internos por parte de las asambleas territoriales, si bien recogiendo buena parte de las tradiciones propias, han tomado el lugar del derecho y la justicia propios (Rosero, 2013, p. 9).

D. Justicia comunitaria como política pública

(#111) Como se ha dicho, las figuras de justicia propia y en equidad se asoman en los programas y en las acciones oficiales que se dirigen a las zonas a las que el Estado no logra imponerles su orden, tendiendo al caos tanto cuando trata, bien de imponer orden donde no lo hay o, bien de sustituir el orden extraestatal establecido por las propias comunidades o por algún actor externo. Por ello, para entender las políticas públicas de JC es necesario hacer un recorrido sobre las áreas de caos y las dinámicas que conducen a él (#47, #49, #60). Tales áreas se definen como conjuntos relacionales en los que las normas son irreconocibles y, por tanto, los comportamientos carecen de la predictibilidad debida y no existe una institucionalidad relevante que permita tramitar los conflictos. Por tanto, las controversias tienden a escalar y, cuando pueden zanjarse, es esperable que las decisiones consistan en la imposición de los objetivos del más poderoso. Hemos visto que el caos se presenta por el desfase, recurrente en nuestra realidad subcontinental,

⁴⁷⁰ Como se ha visto, las comunidades afrodescendientes (#54. #90), cuentan con operadores diversos, según sus particulares tradiciones culturales. De modo que lo que ha ocurrido, por regla general, es que las dos figuras han sido recogidas por los consejos comunitarios y los actores que venían administrando justicia antes del reconocimiento, ahora lo hacen desde su posición dentro del Consejo Comunitario recientemente creado.



entre la normatividad jurídica y la de los otros ámbitos sociales. El caos es causa y consecuencia de la incapacidad que tiene el Estado para imponer su orden, y la consecuente imposibilidad de reconocer un ámbito ciudadano de la normatividad. Lo que trae consigo la correlativa emergencia de actores que pretenden imponerse sin éxito, como ha ocurrido en amplias zonas de Colombia durante los últimos tres cuartos de siglo. No obstante, el caos se presenta también en las zonas de frontera cultural, en las áreas limítrofes de identidades diferentes, donde se presentan intersecciones entre los sistemas de regulación que se desarrollan por parte de intersecciones entre los sistemas de regulación que se desarrollan por parte de estructuras culturales que por razones de territorio tienen que interactuar. Como ocurre con zonas de coincidencia entre diferentes comunidades indígenas o afrodescendientes o de colonos occidentalizados.

Desde las políticas públicas, el caos puede verse como la falta de conexión entre la acción del Estado y los procesos sociales, como la incapacidad del derecho oficial y sus instituciones de controlar el territorio y de ofrecer el amparo requerido a los derechos de las personas que están en él. La ausencia del Estado se hace particularmente visible en lo que tiene que ver con la A de J: de un lado, las instancias del Estado encargadas u otras entidades autorizadas por él no tienen el alcance necesario para prodigarla y; del otro, las personas y los grupos que la reclaman están en imposibilidad de acceder satisfactoriamente a tales instancias o entidades. En tales condiciones, las estructuras políticas son desbordadas por la conflictividad, limitando los potenciales de la gran mayoría y tendiendo a escalar en violencia y comisión de delitos. Siendo así, la necesidad de supremacía territorial del Estado se presenta fundamentalmente como un problema de seguridad tanto hacia dentro de tales áreas pero, sobre todo, para hacia fuera, hacia las áreas de orden estatal. Las zonas de caos son vistas como zonas peligrosas y sus miembros como potenciales o reales delincuentes ante los que deben tomarse medidas de protección. Siendo así, la



administración de justicia se orienta en dos direcciones aparentemente contradictorias: la represión y la promoción.

Hemos visto que, aunque con resultados muy magros, la acción del Estado frente a las zonas de caos estructuralmente se orientan a la represión. Por ejemplo, los recursos financieros oficiales se dedican en una proporción minúscula a la atención de los requerimientos, a la gestión de los conflictos y a la promoción de los derechos de los sectores que no están integrados al sistema económico y político que ordena el Estado. Al contrario, los esfuerzos oficiales cada vez tienen mayor énfasis en la persecución de los delitos que, por obvias razones, se presentan allí: aumentan las figuras delictuales y las penas, la mayor parte de los operadores judiciales son penales; la fiscalía crece en recursos y en dependencias; la inmensa mayoría de lo que hace y gasta el gobierno en A de J se dirige a la expansión y el sostén de las cárceles y el sistema penitenciario (#68, pie de página 323). Una parte de la inversión se orienta a ampliar la oferta judicial pero ello no necesariamente se traduce en oportunidades en cuanto a los conflictos y los derechos de las personas que se ubican en esas zonas. Se limitan, como lo veremos al final de este capítulo, a una simbólica presencia del Estado a través de su aparato de justicia.

Las políticas estatales para la JC se ubican en un conjunto más amplio que a lo largo de este trabajo venimos denominando de promoción (#). Allí encontramos políticas de muy diferente orden e impacto. En primer lugar, legalmente se obliga a todos los municipios a contar con una inspección de policía para los asuntos generales de convivencia y una comisaría de familia para los asuntos que emergen en el ámbito doméstico. Norma que, en general, se cumple. Sin embargo, ello ocurre de manera precaria porque su alcance está limitado a los recursos y a los avatares de las políticas municipales de los que dependen. De modo que suele haber mucha inestabilidad, una



oferta muchas veces limitada frente a las exigencias legales⁴⁷¹. En segundo lugar hay una oferta de acompañamiento jurídico muy diversa pero muy escasa. Defensores públicos de procesados que atienden como pueden, sin más recursos que su propia capacidad de trabajo muy exigida por la cantidad de casos, el poderío probatorio e institucional de la fiscalía⁴⁷². Hay defensores de víctimas que son desconocidos por la mayoría de sus potenciales usuarios. Hay acompañamiento jurídico marginal a sectores poblacionales en asuntos de género, étnico, de restitución de tierras, etc.⁴⁷³ En tercer lugar, están los programas que buscan la presencia combinada y articulada de los operadores en zonas marginales, como las casas de justicia, que analizaremos a continuación. Finalmente, aparecen de manera muy marginal las políticas que se orientan a la A de J por parte de actores no estatales, como las autoridades comunitarias en la JC; como los CE y los JP.

El concepto de casa de justicia fue introducido en Colombia en el último lustro del siglo pasado dentro del paquete de estrategias neoliberales que buscaban una mejor oferta de justicia (Uprimny, Rodríguez, & García, 2006, p. 13) con el propósito de ofrecer mejores respuestas a las necesidades de justicia de la población mediante la actuación coordinada de las distintas instituciones a partir de un espacio físico accesible situado en las zonas de mayor conflictividad. Luego de un puñado de

⁴⁷¹ En el referido municipio de Tumaco, muy extenso (190.000 hs.) y poblado ruralmente (90.000), sólo hay una inspección de policía y una comisaría que atienden desde la cabecera. En más de la mitad de los municipios, las comisarías de familia no cuentan con profesionales sociales. De modo que la labor se limita a la atención jurídica.

⁴⁷² Ver la Ley 941 de 2005

⁴⁷³ La normatividad aplicable a estos escenarios son, en materia de género la Ley 1098 de 2006 y la Ley 24 de 1992; en lo referente al acompañamiento en restitución de tierras aplica la Resolución 1372 de 2011 y Ley 1448 de 2011, en cuanto a asesoría a minorías étnicas se fundamenta en la Ley 24 de 1992 y la Resolución 1602 de 1995, además de los artículos constitucionales 7, 282, 283 y 284.



experiencias en las zonas más pobres de Bogotá, Cali y área metropolitana de Medellín, que fueron muy bien valoradas, la experiencia se ha intentado desarrollar en todos los tipos de municipios del país como Casas de Justicia o como Centros de Convivencia (sucedáneo creado en 2002).

El programa concentra un promedio anual escaso de quince mil millones de pesos⁴⁷⁴, equivalentes a tres cuartas partes (#71) de los recursos de inversión con que cuenta el gobierno nacional en las políticas de promoción de la justicia, sin embargo los resultados son muy limitados en la actualidad. En primer lugar porque ahora, veinte años después de iniciado, con 102 casas, el programa no alcanza el diez por ciento de los municipios del país y no ha logrado superar problemas estructurales de diseño para los cuadros diferenciados de necesidades de acceso a la justicia que se observan en territorios del país. Siendo un programa que funciona sobre la base de la coordinación de todos los operadores de justicia, más que el edificio, las casas requieren de la presencia de las diferentes entidades⁴⁷⁵ y esto se logra rara vez en las grandes ciudades y casi nunca en las poblaciones apartadas. Las dinámicas estructurales que generan la marginalidad no logran superarse con lo que se ofrece mediante el programa. En el mejor de los casos podría lograrse que, las entidades convocadas por el concepto de Casa, todas estuviesen presentes. En primer lugar porque la disposición de una oferta institucional en la cabecera municipal es

⁴⁷⁴ A los que hay que sumar los aportes que ha hecho la USAID, para la cual las Casas de Justicia son el principal programa de acceso a la justicia en Colombia y han sido la principal financiadora.

⁴⁷⁵ “(...) en cuanto a las entidades nacionales, resulta llamativo que ninguna tenga presencia en todas las casas de justicia. Las que más tienen —la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo— apenas sobrepasan el 60 %. Pero, además, llama la atención que en las casas de “justicia” sea la rama judicial la que menos presencia tenga”. (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiego, 2015, p. 72)



inalcanzable para municipios rurales⁴⁷⁶ o incluso para los urbanos, dado que de manera material los usuarios requieren un mínimo de condiciones sociales para acceder⁴⁷⁷. También habría que considerar que las instituciones que están llamadas a albergarse en las casas, no tienen un diseño que les permita permear las estructuras sociales y culturales de las comunidades a las cuales se dirigen no desarrollan mecanismos efectivos para lograrlo⁴⁷⁸.

De acuerdo con el diseño previsto, las figuras de JPR y de JE están llamadas a hacer parte del programa de Casas de Justicia mediante la atención a sus usuarios en las instalaciones de la Casa (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiego, 2015, p. 26). Ello se plantea como vínculo efectivo de la Casa con las dinámicas comunitarias (Fajardo, 2006). Sin embargo la presencia es puramente testimonial en la mayoría de los casos (con uno o dos conciliadores que se hacen presentes uno o dos días a la semana cada uno, ante la resistencia velada o frontal de los OJ ordinaria o administrativa que operan allí, cuando no lo es del propio coordinador de la Casa). Es más, no hay un solo conciliador en equidad vinculado en un 36% de las casas existentes en todo el país (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiego,

⁴⁷⁶ Por ejemplo en Uribe (Meta) en la cabecera sólo reside el 4% de los habitantes; en Arauquita (Arauca), no alcanza el 10%.

⁴⁷⁷ “El perfil de sus usuarios se puede caracterizar de la siguiente manera: mujeres adultas que trabajan, reciben mesada o son independientes; con formación escolar de grado medio completo y con ingresos medios superiores al salario mínimo” (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiego, 2015, p. 22). Con lo cual, se queda por fuera la mayor parte de la población marginalizada.

⁴⁷⁸ Las brigadas de justicia o Casas de Justicia Móviles, son una estrategia a analizar. Mediante ella, episódicamente se desplaza por un día a representantes de todas las entidades oferentes de justicia a una zona marginal. Allí dan a conocer sus facultades y eventualmente prestan algunos servicios. Dado que la mayoría de los procedimientos que ofrecen exige un trámite que no cabe en un día, se carece de medios reales para hacer una oferta que la comunidad pueda ir apropiando.



2015, p. 47). A pesar de hacer parte de la misma Dirección en el Ministerio de Justicia, las dos políticas carecen de una estrategia programática y territorial⁴⁷⁹ articuladora.

E. La justicia en equidad y los actores estatales

(#112) En Colombia, a pesar de intentos todavía aislados, las políticas estatales de A de J son nacionales, incluso las relacionadas con figuras de vocación local como las de JE. La figura de los JP, con precisa competencia municipal y designados mediante un proceso electoral caracterizadamente local (art. 11, ley 497 de 1999), carecen de cualquier forma de arraigo institucional a nivel local. Sin respaldo, ni control, ni vínculo orgánico con entidad local alguna, una vez elegidos la ley establece que su formación se reduce a un programa nacional (limitado a unos cuantos días) direccionado por el Consejo Superior de la Judicatura (art. 21) y a su control disciplinario (art. 34). Sólo en contadas excepciones, motivadas sobre todo por el impulso de algún funcionario local o regional, un puñado de municipios de los más de sesenta que han elegido JP, han esbozado o elaborado un programa de implementación⁴⁸⁰. Si bien la ley exige que los candidatos sean postulados por organizaciones “comunitarias”, ello no suele ser más que una formalidad y la gran mayoría de los JP carece de vínculos identitarios definidos desde los cuales

⁴⁷⁹ Mientras la puesta en marcha de una casa es primordialmente el de construcción del edificio, previo compromiso económico del respectivo municipio, un proyecto de conciliación en equidad ha respondido a estrategias nacionales como la de Consolidación Territorial en la guerra antisubversiva, y se financia con fondos internacionales. Así, resulta muy difícil que los dos tipos de procesos coincidan.

⁴⁸⁰ Sin programas definidos, en muchos municipios, e incluso grandes ciudades como Medellín, Manizales o Ibagué, los vaivenes políticos han afectado la continuidad de la figura, incluso por varios años.



apalancarse como operador de justicia. La regla general es que los JP ven transcurrir su periodo de cinco años sin directrices ni respaldos.

Los conciliadores en equidad, cuentan con un programa dentro del Ministerio de Justicia y del Derecho que, con altibajos, se ha mantenido por veinte años. Desde allí se ha diseñado una estrategia de implementación (Córdoba & Vargas, 2009, pp. 15-16) mediante la cual se busca: (i) partir de los procesos comunitarios existentes en sus dinámicas culturales y en el perfil de los operadores (28 y ss., 38 y 46); (ii) trabajar en red con actores locales (pp. 42 y ss. & 50); (iii) vincular tanto a las administraciones municipales (pp. 15, 79-80), como a los operadores de justicia presentes en el territorio (pp. 15 y 29). Se trata de una estrategia que muestra rotundas limitaciones para establecer sosteniblemente las figuras a nivel local por las siguientes limitaciones: (i) carece de una estrategia de financiación y de localización para que las entidades territoriales asuman las acciones y los costos que les corresponde⁴⁸¹; (ii) la vinculación de las entidades y los actores a nivel local no propone un mecanismo de mutuo beneficio con las figuras sino que es de simple apoyo; (iii) no propone continuidad en la vinculación de los actores locales; (iv) el tiempo (un año) de implementación previsto es muy reducido para procesos de construcción institucional que demandan sobre todo la transformación de las prácticas sociales de gestión de los conflictos; (v) los recursos de que dispone el ministerio son mínimos⁴⁸², con lo cual queda sometido a los vaivenes de la

⁴⁸¹ Con lo cual, el Ministerio se ha alejado de su misionalidad en la promoción y orientación de la figura dedicándose a una labor más de control de lo que hacen entidades territoriales, académicas, ONG y organizaciones sociales en los procesos de implementación y de un legalismo ultramontano de la actuación de los operadores, a los que cada año se les incrementa la lista de normas jurídicas y figuras legales que los someten, con lo que, como se verá, van reduciendo sus alcances en cuanto al justo comunitario.

⁴⁸² Los escasos recursos con que dispone el Ministerio, sumados al grueso de lo que trae la USAID para el acceso a la justicia se gastan en su mayoría en construir unas cuantas casas de justicia (unas cuatro por año) frente a un país de 1.100 municipios. La estrategia, reconocida como exitosa desde ciertos enfoques políticos en áreas periféricas de las grandes ciudades



cooperación internacional⁴⁸³, algunos actores nacionales privados y algunas entidades territoriales.

La promoción de estas figuras ha sido muy escasa en el nivel nacional, de modo que el Ministerio de Justicia se ha limitado a los magros recursos de su propia bolsa que se suman a cantidades también muy pequeñas que siguen adornando los estertores del Plan Colombia. Desde hace más de diez años se viene llamando la atención sobre la necesidad de posicionar las figuras de JE en las políticas públicas relacionadas (Ardila, 2003) no sólo con el acceso a la justicia y la descongestión de despachos, que es en donde tienen alguna figuración, sino también en las relacionadas con seguridad, construcción de paz, cultura ciudadana y convivencia, diversidad cultural, fortalecimiento comunitario, reorganización judicial o lucha contra la pobreza. Ello no se ha logrado y en buena medida no se ha intentado. No existe liderazgo estatal en el tema. En el Ministerio, un pequeño equipo ondea en solitario la bandera de la conciliación en equidad sin aliados comprometidos ni en el nivel nacional del Estado⁴⁸⁴, ni se consolida entre las entidades territoriales, ni entre los actores privados, ni con las organizaciones sociales. En el CSJ, sin un programa consolidado, un equipo aún más reducido e intermitente que el del Ministerio monta

(García, Espinosa, Lalinde, Arroyave, & Villadiedo, 2015, p. 57), no ha mostrado beneficios en la mayoría de los municipios en donde se ha implementado, sobre todo los más rurales, porque no aporta beneficios en amparo a derechos o gestión de conflictos sino que sacian la sed de infraestructura que suelen tener los mandatarios locales.

⁴⁸³ El Ministerio ha dispuesto de un promedio anual aproximado de recursos propios para el impulso de estas figuras que sólo alcanzarían para introducir cinco nuevos municipios por año. Con lo cual se lograría cubrir el país con la figura en más de 200 años. Con el problema adicional de que, según dice el propio Ministerio, de que los conciliadores deben ser renovados cada dos años (Córdoba, 2009, p. 86).

⁴⁸⁴ Durante los años en los que el Ministerio de Justicia fue absorbido como dependencia del Ministerio del Interior, se logró una articulación poco más que simbólica, que hoy permanece, para la justicia en equidad en la acción comunal.



sus propias toldas cada cierto tiempo para la formación y el apoyo dentro de la Rama para sus JP. Los recursos de las dos entidades son magros frente a las necesidades, los alcances programáticos carecen de estrategias para el establecimiento y sostenibilidad de las figuras. Los impulsos nacionales más notorios han dependido fundamentalmente de fondos de cooperación internacional, especialmente de la USAID⁴⁸⁵ y de la Unión Europea.

Con todas las dificultades de sostenibilidad, la fuerza de estos procesos, en la práctica se concentra en los niveles departamental y municipal⁴⁸⁶. Son los departamentos los que han construido programas que han llevado a los CE más allá de la designación y la capacitación inicial y del establecimiento de la figura (que es hasta donde llega el MICE, del Ministerio de Justicia). Los departamentos son las entidades con mayor capacidad de promoción de las figuras dado que hoy más de la mitad de los municipios que cuentan con estas figuras se deben a los procesos desarrollados por los departamentos de Antioquia y Santander, que son los únicos que se han empeñado en un programa departamental. La sostenibilidad de los procesos ha logrado atarse precisamente a la diversidad de opciones de política pública como convivencia, seguridad, desarrollo comunitario, entre otros. Una alta proporción de los operadores comunitarios activos se ubican en ciudades como Medellín, Cali, Bucaramanga o Barranquilla, y sus áreas metropolitanas (como el caso de Bello, mencionado más arriba #91) y el propio Bogotá. Mientras tanto, las entidades nacionales concernidas se mantienen al margen en una extraña ausencia de la sostenibilidad de los procesos, sin liderazgo dentro del Estado y sin iniciativa. De modo que estas dinámicas

⁴⁸⁵ En cuanto a los recursos de USAID, debe decirse que ellos han estado atados al plan Colombia y este, en buena medida, gravitó alrededor de la lucha contrainsurgente. De modo que la Justicia en Equidad se orientó como paso muy provisional hacia la recuperación territorial para el Estado en las zonas de alta confrontación armada.

⁴⁸⁶ Luego de más de veinte años de establecida la justicia en equidad en los CCA, todos los desarrollos se deben a ellos. El Ministerio de Justicia no ha generado política alguna frente a estas figuras.



institucionales son altamente afectadas por los cambios de gobierno que cada cuatro años se producen en los ámbitos territoriales.

El escenario en el que se tiende a presentar la relación más recurrente de conciliadores y JP con actores estatales es en la operación de justicia. Ello se debe principalmente a que los jueces ordinarios son los encargados de servir de puente entre las decisiones en equidad y el sistema jurídico nacional. Es allí, de cara a cada conflicto y, muchas veces en medio de los propios escenarios comunitarios, donde se define la relación de estos operadores con el Estado y, por ello mismo, es el punto en el que tienden a producirse las mayores tensiones. Las decisiones que se recogen en actas de conciliación de unos y otros y en fallos de los JP tienen el mismo valor, ante el sistema jurídico nacional, que una sentencia ejecutoriada por cualquier instancia judicial. Así, en caso de incumplimiento, puede acudir a un operador judicial ordinario para que ejecute la decisión. Y ello efectivamente ocurre en unos cinco de cada cien casos⁴⁸⁷. Pero existe un amplio número de jueces con los que no se ha logrado que tramiten la ejecución en todos los casos. Lo cual engendra una zozobra generalizada entre las partes y los propios operadores acerca de la validez o invalidez que tienen las actuaciones en equidad ante el derecho estatal.

La decisión sobre la validez de la actuación se produce a partir de un debate en el campo jurídico, dentro del cual, no sobra decirlo, no se reconoce capacidad de juego a los operadores de JE⁴⁸⁸. No sin fundamento en el legislador, en ese debate excluyente

⁴⁸⁷ Estimación que hacemos a partir del diagnóstico reseñado de estas figuras (Vallejo, 2011, pp. 10-11). El estudio muestra que en el 83% de los casos las partes cumplen las decisiones en equidad. En los casos incumplidos, sólo se continúa la actuación en una cuarta parte de ellos.

⁴⁸⁸ Debe entenderse que la exigencia de la formación de abogado para ciertos cargos no es sólo una exigencia de estudios previos sino una práctica cotidiana de análisis y acción sobre la realidad que no se le reclama a un operador de justicia en equidad. El juez de paz y el conciliador en equidad por regla general tienen otras fuentes de análisis y de formación y, sobre todo, de otra estructura de pensamiento seguramente más capaz de comprender y actuar sobre lo concreto pero sin mayores conexiones con el campo jurídico.



participan los glosadores de las normas, los jueces y los litigantes interesados directa o indirectamente. Luego de veinte años de leyes y decretos, de interpretaciones doctrinales y judiciales, se ha generado un laberinto que, de tener que transitarse, conduce a la subordinación de los operadores en equidad a los abogados y a los OJ en derecho⁴⁸⁹. Tal laberinto se refiere fundamentalmente a dos temas: la formalidad de los actos (actas y fallos en equidad) y la competencia. Lo primero se refiere las condiciones que tiene o impone un juez para proceder ejecutivamente. Y, cuando se trata de este tipo de actos, las reglas no son las mismas de un operador a otro. Lo segundo se refiere a cuáles son los asuntos que el conciliador o el JP pueden dirimir.

Precisamente esa dinámica excluyente del campo jurídico impele a los operadores de JE a entablar una relación subordinada con los jueces y los litigantes, con los funcionarios del Estado, en el nivel nacional y en el local. La regla sobre los asuntos en los que la ley admite la actuación en equidad debe ser muy sencilla y al alcance de todos: hay competencia en todos los conflictos entre particulares en que se controvierten derechos disponibles para las partes. Con lo cual se descarta la posibilidad de que un CE O UN JP diriman intereses del Estado, como ocurre con la acción penal. Sin embargo este criterio, tan sencillo, no es tan claro en la ley porque

⁴⁸⁹ En un trabajo que publicó el Ministerio de Justicia (Gordillo Vidales, 2015) se evidencia la existencia de ese laberinto. Se trata de un libro dirigido precisamente a que los juristas (jueces, fiscales y abogados) cuenten con argumentos para ese debate. Si bien, la obra intenta sustentar la competencia de los conciliadores en equidad, ni a las partes ni a los operadores de justicia en equidad se les ve como destinatarios del libro porque objetivamente no se les reconoce un lugar como participantes del debate. Con lo cual, inevitablemente se ahondan las exclusiones propias del campo jurídico. También de este modo el escenario comunitario, propio del operador, es subordinado y expulsado del debate y lo que cabe son los argumentos jurídicos y ellos serán utilizados por los operadores jurídicos en su propio beneficio y frente a ellos, los operadores de justicia en equidad carecerán de herramientas de acción y de defensa con eficacia similar, dado que en el campo jurídico carecen de poder comparable. Tendrán que atenerse a un actor reconocido en el campo jurídico que asuma su defensa. El mecanismo de subordinación y exclusión opera así.



existen unos listados extensos de asuntos que pueden tramitar⁴⁹⁰, en nuestro sentir innecesarios. Esos listados se construyen sobre la base de una clasificación tautológica de los asuntos (conciliables, transables y desistibles) que la ley faculta intervenir mediante las diferentes modalidades de conciliación y también mediante la actuación de los JP.

Luego, por vía de la interpretación de los funcionarios administrativos (en el gobierno y en la rama judicial) así como de algunos glosadores de las leyes y la jurisprudencia, se le ha ido recortando el alcance a la JE. Sin las herramientas ni la posición en el campo jurídico para controvertir, tienen que someterse. Con lo cual generalmente terminan acatando la posición más restrictiva en el debate jurídico. Y esa posición restrictiva se proyecta de diversas maneras en su campo de operación: (i) Los operadores de JE se abstienen de gestionar conflictos en los que no tienen competencia legal, entendiendo que la prohibición legal se extiende a una gestión mediadora que puede hacerse sobre casi todo tipo de conflictos por cualquier persona; (ii) JP y CE dejan de atender conflictos dentro de los cuales se puede haber cometido un delito, a pesar de que puede haber aspectos del conflicto que legalmente son conciliables o tramitables en equidad; (iii) tales actores se marginan de la gestión de la reparación a la víctima en asuntos de carácter penal, aun cuando tienen plena competencia en el derecho colombiano para atender esos problemas que muchas veces exige acciones inmediatas que los operadores de justicia ordinaria están en incapacidad de atender⁴⁹¹. Son las maneras que encuentran para evitar la

⁴⁹⁰ Y a pesar de extensos, son incompletos. Porque muchas normas legales y reglamentarias omiten nombrar a los operadores en equidad (como mostramos que lo hacen en el Perú con los jueces de paz #74). Gordillo Vidales (2015) sorteja con fortuna las objeciones de pertinencia de la justicia en equidad en asuntos penales, civiles, comercial, policía y de familia.

⁴⁹¹ La negativa a este recurso para la atención de los asuntos penales tiene un fuerte basamento en la desconfianza, reseñada arriba, de los actores del Estado frente a la actuación de los operadores comunitarios. Resulta sintomático que, frente a este campo en el que el propio aparato judicial requiere de tanto auxilio de la justicia en equidad, en veinte páginas



controversia y posibles procesos disciplinarios o penales en su contra⁴⁹². Con ello, los operadores se declaran sin competencia en diversidad de asuntos que son fundamentales para la vida comunitaria y que, de no ser atendidos por ellos, muy factiblemente se quedarán sin la respuesta requerida en cuanto a la administración de justicia (#63).

RECAPITULANDO

Luego de más de siglo y medio de ausencia de la institucionalidad del país, los JP retornan a Colombia con una figura constitucional y algunas figuras legales adicionales, siendo la principal la de los CE. Las décadas se fueron desgranando sin que la mayor parte de los colombianos contaran con alguna instancia que les gestionara los conflictos con validez ante el derecho del Estado. Con lo cual las instituciones comunitarias que surgían en los escenarios de caos se opacaban y desaparecían tras problemas implícitos o que iban surgiendo en los contextos cambiantes. Había una necesidad reconocida por décadas de contar con un

que le dedica el trabajo de Gordillo Vidales a la conciliación en equidad a los asuntos penales, no se ocupe de manera directa de la cuestión de la reparación a las víctimas en cualquier proceso criminal y sólo haya dos menciones indirectas, de dos renglones cada una (Gordillo Vidales, 2015, p. 100 y 106) a la facultad conciliadora que tienen los operadores en equidad.

⁴⁹² En reunión con Conciliadores de Equidad, Mónica Cruz coordinadora del *proyecto de refuerzo de conciliadores en equidad en el departamento de Antioquia* del Ministerio de Justicia, realizado en el mes de febrero de 2015, manifestó que un conciliador se quejó de que un abogado, que dijo ser representante de una de las partes, amenazó a un conciliador con un proceso disciplinario y penal, sobre la base de argumentos formales en relación con acta de conciliación.



mecanismo visible, eficaz y legítimo de atender los conflictos de tramitar los conflictos. La Constitución Política de 1991 abrió el camino para una serie de reformas que ofrecería posibilidades para producir esas respuestas.

Nuestro ordenamiento ha sido prolijo en el establecimiento de figuras. Sin embargo, los recursos para su promoción y la claridad en los programas de implementación han brillado por su ausencia. En el nivel central del Estado, los recursos han sido magros y el rumbo de los mismos no ha sido claro en el último cuarto de siglo. Sobre todo por la coexistencia de figuras y programas paralelos entre la rama ejecutiva (CE) y JP (rama judicial) que no tienen diferencias sensibles de cara a las comunidades en las que se pretenden establecer. Pero también por la introducción caotizante de imprecisas competencias de justicia en equidad en las juntas de acción comunal, desde el propio gobierno nacional, y el desarrollo de figuras menos precisas como mediadores comunitarios o promotores de convivencia por parte de entidades territoriales.

El impulso de estas figuras ha estado sobre todo en manos de programas de la cooperación internacional y la empresa privada o mediante el impulso de los departamentos y los municipios. El Consejo Superior de la Judicatura no ha contado con soporte legal para orientar la iniciativa municipal en la implementación de los JP mientras que el ministerio de justicia no cuenta con los recursos humanos y financieros para encargarse de la implementación pero tampoco ha contado con el respaldo institucional y la claridad para rectorar los procesos que se adelantan desde otros actores. Con lo cual, uno y otro, se han orientado principalmente a controlar mediante el establecimiento de requisitos desde los cuáles intervenir, generalmente de manera restrictiva en las dinámicas de implementación con los que los diferentes actores intentan producir respuestas a las necesidades de A de J en las comunidades.

Al comenzar el milenio se pueden reconocer dos enfoques enfrentados sobre el sentido que deberían tener estas figuras de JE. La una, incubada en la década anterior,



animada desde los enfoques críticos del derecho y vinculada a algunos movimientos sociales y, la otra, patrocinada con los recursos de la cooperación internacional, especialmente de Estados Unidos. Por la densidad de los recursos, la preeminencia de las relaciones con el gobierno norteamericano y el colonialismo de muchos de los actores implicados en estos procesos, la tendencia que se fue imponiendo es la segunda. Entonces las figuras se fueron orientando, en la medida en que han prosperado, a la atención precaria de las necesidades de justicia de personas situadas en la marginalidad sin ningún mecanismo para posibilitar que se salga de ella.

Los operadores de justicia en equidad gestionan los conflictos con base en la normatividad comunitaria aun cuando se aparte de la ley del Estado. La designación legal de los operadores y los simples y breves procedimientos establecidos por el Estado le dan un lugar en el sistema jurídico nacional que corresponde hacer valer, vía ejecutiva, a los jueces ordinarios, cuando los vectores comunitarios no logren esa resultante. Un tratamiento similar se ofrece a los comités de convivencia y conciliación de las juntas de acción comunal y a los consejos comunitarios afrocolombianos.

Las figuras de JE, si bien se ubican en otras áreas en algunos casos, se han orientado hacia las zonas donde predomina el caos en busca de que participen en la construcción del camino por el que han de transitar las instituciones estatales. Muchas de las cuales menosprecian a los operadores, a las instancias y al tipo de decisiones que se producen a través de la justicia en equidad. Siendo así, en muchos casos, la relación del Estado en general, y en particular de los jueces judiciales con estas figuras ha sido castrante de su potencial y, en muchos casos, causante de su deserción. Además del paralelismo en las figuras comunitarias, muchas de las entidades que se hacen presentes en los mismos espacios que los operadores de JE, procuran socavarle sus espacios de actuación combinando la desautorización recurrente, el establecimiento de mecanismos de subordinación y, en muchos casos de exclusión. Algo que no cambia ni siquiera en el programa de Casas de Justicia, que en principio se



estructuran, alrededor de las figuras comunitarias para fortalecerlas desde cierta óptica.

Ni el CSJ, ni el Ministerio de Justicia y del Derecho cuentan con un programa que ofrezca condiciones mínimas para garantizar que estas figuras son promovidas o respaldadas por el nivel nacional del Estado. Dos departamentos (Antioquia y Santander) y algunas ciudades (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) han logrado sostener unos pequeños programas en estos temas por más de una administración. Mientras que las entidades del nivel nacional del Estado tienen un liderazgo muy reducido en el que se limitan a hacer unas exigencias a los procesos comunitarias que poco o nada consultan con las realidades locales. Están atadas a unas partituras centralistas y rígidas que inhiben en lugar de promover el desarrollo y la sostenibilidad de las figuras.

Así mismo, el puente que hace la JE desde la normatividad comunitaria con el derecho estatal, abre un escenario de subordinación y de exclusión abismal. Sin un lugar digno para participar en las confrontaciones del campo jurídico se abren y se ensanchan los terrenos en los que se produce entre los operadores comunitarios una creciente dependencia operadores ordinarios en cada territorio y de los abogados funcionarios o consultores encargados de los programas, tanto a nivel nacional como local. Con lo cual, las estructuras coloniales tienden a operar: se recortan las competencias, se les imponen procedimientos, se les exigen requisitos ante los cuales tienen muy pocas posibilidades de resistir. La JE, mucho más que la propia, se logra entronizar en el campo jurídico y allí los JP y los conciliadores tienen poco capital.



Universidad
Carlos III de Madrid

CONCLUSIONES



Luego de un cuarto de siglo de una nueva experiencia, los alcances que ha mostrado la justicia comunitaria para atender las necesidades de administración de justicia en Colombia aparecen limitados. Las expectativas más prometedoras la mostraron como una herramienta valiosa para superar muy buena parte de los problemas que acusa el entramado institucional que preside el aparato judicial para regular y gestionar nuestra conflictividad. Hemos evidenciado y explicado a lo largo de estas páginas que esa promesa no sólo no se ha cumplido sino que ha perdido buena parte de su impulso.

Abordamos los problemas del sistema judicial en dos planos. En primer lugar nos ocupamos de entender sus modelos de intervención en la conflictividad para, al identificar sus límites, precisar por qué es estructuralmente insuficiente para el manejo de la conflictividad en las sociedades modernas. Frente a lo cual sustentamos que su capacidad regulatoria, su eficacia y su legitimidad dependen directamente de la normatividad y la institucionalidad social de los diferentes espacios estructurales que así como pueden ser muy armónicos en los países denominados centrales, otra realidad se presenta en las sociedades latinoamericanas en donde el SJ carece de la misma capacidad ordenadora. Más bien participa de manera ilegítima y limitada en la gestión de la conflictividad en medio de un escenario compartido por una diversidad de instancias y estructuras normativas que pueden ser muy disonantes y, en muchos



casos, no logran ordenar mínimamente las relaciones sociales. Algunas de ellas son comunitarias.

Como muestra de lo que ocurre en América Latina, la experiencia de justicia comunitaria en Colombia ha sido extensa y diversa. Ha habido figuras estables y episódicas, unas han surgido de las tradiciones de grupos étnicos y otras de pactos de convivencia y seguridad; unas han surgido en medio de la marginalidad y la ilegalidad y otras han avanzado sobre los cauces de las leyes y las políticas públicas. Hace veinticinco años se definió una nueva etapa en la relación de la JC con el estado en tanto se posicionaron en el sistema jurídico nacional. El Estado reconoce a una parte de ellas y crea nuevas figuras. Con lo cual, las instancias comunitarias se hicieron más visibles y extendidas, no obstante que han ido perdiendo su fuerza vectorial ante la inercia de la institucionalidad occidental. Su potencial transformador ha perdido su ímpetu en la interacción, incrementada geométricamente, con las estructuras coloniales y la ideología jurídica eurocéntrica predominante.

En el primer capítulo hicimos una lectura crítica de los potenciales y limitaciones que tiene el sistema judicial para dar respuesta pertinente y adecuada a la conflictividad que se presenta en la sociedad. Sustentamos que los modelos occidentales de A de J se establecieron y operan para conjuntos relacionales que se encuadran en las estructuras propias de las sociedades competitivas de mercado, sustentadas en la fuerza monopólica del Estado y se dirigen a garantizar una versión de la seguridad, definida como integridad del sistema jurídico. Siendo así, los jueces carecen de posibilidad de impactar en los conflictos porque su tarea se reduce a aplicar una sanción por la infracción a las normas legales.

Entonces, muy buena parte de cada conflicto y de la conflictividad quedan por fuera de la capacidad reguladora del sistema judicial porque se sitúa en el mundo de lo irrelevante jurídicamente. Allí tiende a ser ineficaz o con una calidad que no logra ser satisfactoria para los implicados ni suficientemente orientadora de los



comportamientos sociales. Son las instituciones y las normas sociales, que operan en los espacios doméstico, productivo, mercantil los que están llamados a cumplir ese papel, aunque operan mediante dinámicas de regulación considerados extrajurídicos.

Vimos en ese mismo capítulo que los procedimientos judiciales tienen una esencia bélica en la que tiende a imponerse el más poderoso. Las reglas del proceso judicial lo definen como escenario de una competencia por incorporar versiones de la realidad al campo jurídico (mediante pruebas y argumentos técnicos) como discurso exitoso sobre la integridad del sistema jurídico. En él tenderá a vencer quien esté en mejor posición en una correlación de poderes (capitales sociales y culturales de las partes y sus abogados). Las estadísticas expresan que el sistema judicial decide masivamente a favor de un pequeño grupo de poderosos.

Después de trescientos años de haberse consolidado, el sistema judicial muestra sus insuficiencias en la capacidad para regular los conflictos y cumplir su papel en la ordenación de la realidad. La parte mínima de las controversias que se ventila ante los jueces no tiende a ser satisfactoria, como uno de sus problemas estructurales se analiza que los niveles de impunidad van creciendo mientras las cárceles son cada vez más insuficientes. En la actualidad la academia y las agencias públicas occidentales redoblan su búsqueda de opciones al sistema judicial. Las experiencias de justicia restaurativa de muchos países occidentales demuestran la necesidad de atender integralmente los conflictos y no quedarse encerrados en las denominaciones legales. Las búsquedas del último medio siglo de Estados Unidos y Europa evidencian que es necesario y viable tramitar mediante el consenso la mayor parte de los conflictos, Canadá y Nueva Zelanda, entre otros países, han encontrado en experiencias de justicia comunitaria indígena respuestas consolidadas a muchos de los problemas de la A de J en las sociedades modernas.



En el segundo capítulo buscamos caracterizar cómo funciona el sistema judicial en Colombia y cuáles son sus alcances. Sostenemos que nuestras instituciones, aunque las llamemos igual, son sustancialmente diferentes de las existentes en los países centrales. Los cinco siglos de presencia y dominación occidental no nos iguala ni nos igualará porque hay vectores culturales que lo impiden. El sistema judicial ha estado ligado a un sistema colonial de exclusión y discriminación, ha sido vehículo para la imposición de los intereses de los poderosos y no tiene el mismo valor que en los países centrales como herramienta para la democratización.

Exploramos la historia de la Administración de Justicia de las provincias que hoy llamamos Europa desde sus elementos en común. Vimos que allí se fue desarrollando una cultura jurídica, unas dinámicas de distribución del poder y de la riqueza ante las cuales la institucionalidad jurídica y judicial tiene unos determinantes muy diferentes de los latinoamericanos. Aquí el Derecho y el SJ llegaron como herramienta esencial de un sistema de poder colonial estructurado fractalmente desde y para la desigualdad. La presencia del derecho moderno en AL llegó atada a la opresión colonial y como herramienta de discriminación. Así se mantienen actualmente. No sólo por sus genes sino porque el sistema colonial no ha desaparecido sino que se ha reconfigurado. La verdadera organización político jurídica se funda sobre la fractalidad de las estructuras coloniales. El sistema judicial ha tendido a reproducir esas estructuras. Generalización de la desobediencia de la ley, que también favorece a los poderosos.

Los soportes culturales construidos en Europa por siglos, fueron resignificados haciendo que la relación que tenemos con los derechos de los demás y las normas sea ambigua. Importa más el éxito individual y hay más compromiso religioso que con la civilidad. La ciudadanía se ve limitada por el clasismo y el racismo en una de las sociedades más estratificadas del mundo. Las instituciones judiciales carecen de la capacidad y la independencia para desafiar los poderes reales. Al contrario, suelen ser



utilizadas como herramientas del poder desnudo, especialmente fuera de las principales capitales del país.

Hemos analizado la insuficiencia del derecho estatal y el sistema judicial para regular todo el territorio. El Estado carece de capacidad para garantizar la eficacia del orden jurídico. Por ello hablamos de que, además de unas zonas más o menos restringidas de orden del Estado, es ineludible reconocer que hay otras donde el orden se impone desde dinámicas no estatales y zonas en donde impera el caos. El orden no estatal puede ser impuesto por las propias comunidades, generalmente a través de la justicia comunitaria propia, o por un actor externo, generalmente armado, como la guerrilla o los paramilitares.

Las zonas de caos son las que, por falta de orden y de normas claras, tienden a escalar la violencia. Ante la falta presencial o funcional del Estado y sus instituciones de justicia, estas áreas se expanden por diferentes dinámicas. El caos se puede producir por simple interacción horizontal entre diferentes comunidades, por la competencia entre actores armados, por choque de actores armados con los comunitarios, por la acción socavante que hace el Estado de los órdenes no estatales, en la medida en que no cuenta con capacidad para establecer sosteniblemente su propio orden. Uno de los factores sobresalientes es precisamente la competencia entre distintas dinámicas que buscan establecer orden. Además del Estado que busca establecer su soberanía territorial, los actores armados compiten entre sí o intentan anular o cooptar diversas experiencias de justicia comunitaria que terminan por ser efímeras.

En el capítulo tercero analizamos el escenario complejo en el que se producen las dinámicas actuales de visibilización y expansión de la Justicia comunitaria en nuestro país. En un contexto de crisis permanente de la A de J, se propone una nueva relación del SJ con el territorio. Se abren posibilidades para que intervengan en los conflictos otras instancias y dinámicas tanto desde el propio Estado, como del



mercado y de las comunidades. Siendo así, las figuras de JC se incrementan, se extienden y se visibilizan pero al mismo tiempo tienden a ser neutralizadas por el campo jurídico formalista y eurocéntrico, en compañía de otras estructuras coloniales del poder mundial.

Hemos encontrado que el escenario actual de crisis abre grandes líneas de cambio en la administración de justicia. En cuanto al aparato estatal, sus políticas y recursos se orientan preferencialmente a la represión, principalmente penal. De modo que los demás asuntos deben ser cubiertos cada vez más por otros actores. Aun considerando que la concentración de recursos en Colombia es descomunal, puede verse que esta no se logra disuadir y la política criminal apenas rasguña los índices de criminalidad. El sentimiento de desamparo, en consecuencia, es generalizado. No se saldan las cuentas de venganza y reparación que hacen las víctimas ni se logra restablecer el orden quebrantado por los ilícitos.

La crisis tiene repercusiones diferentes en cada tipo de área. Sin embargo los análisis y las políticas parecen reducirse a la perspectiva del área de orden estatal. Para ellos, la crisis se refiere a la falta de capacidad del aparato judicial para atender sus conflictos y la ineficacia para sancionar efectivamente a los infractores de la ley, especialmente la penal. Como en estas áreas resulta más cómoda la gestión privada de sus conflictos, lo que procuran y logran es el incremento de los recursos y los procedimientos dirigidos a la represión de ciertos delitos. A un lado quedan las necesidades de las áreas de orden no estatal, al menos la indígena que tiene rango constitucional, que lo que requieren es un respaldo de las instituciones de A de J y, excepcionalmente, del poder coactivo. También pasan a un nivel muy bajo de prioridad las necesidades de las áreas de caos que reclaman el establecimiento del orden mediante la presencia de instituciones legítimas y viables de gestión y regulación de la conflictividad.



Siendo que el SJ obra como una herramienta para los intereses de los poderosos, la mayoría no ve a los jueces como garantes de sus derechos, no lo consideran una forma de amparo. En ese sentido, la áreas de orden del Estado son muy reducidas, si se les mira desde la administración de justicia. Precisamente porque, lo mismo que en las de caos, los intereses de los más débiles tienen muy pocas posibilidades de ser viables acudiendo a las instancias judiciales. Excepcionalmente y bajo condiciones especiales se logra derrotar las aspiraciones de los poderosos en estrados. Son ellos los mayores beneficiarios de la impunidad generalizada. En el escenario de crisis el desamparo predomina y la sociedad en su conjunto es empujada al caos.

El aparato judicial dedica la gran mayoría de sus recursos al área penal que persiste sin responder la mayor parte de las solicitudes ciudadanas. En las demás áreas del derecho, la impotencia de los débiles impide que lleguen incluso a los estrados. En general, el sistema judicial se retira de la parte más amplia de la conflictividad. Frente a ese vacío, el Estado se reorganiza incorporando nuevas metodologías, acompañando a sujetos procesales particulares, facilitando el acceso mediante mecanismos de actuación célere a partir de por ejemplo, la solicitud informal de las partes. Pero también abre posibilidades para la intervención de instancias no estatales.

A las figuras de justicia comunitaria se les ubica hoy dentro de un conjunto de dinámicas de gestión y administración de justicia que se desarrollan por fuera del aparato del Estado. Han cobrado una presencia inédita en la conflictividad actores del mercado que tramitan, de un lado, los conflictos de los que son parte y, del otro, estableciendo empresas que prestan el servicio para su gestión como mecanismos alternativos. Las figuras comunitarias, emergentes en las áreas de orden no estatal o en las de caos, se expanden y ganan influencia en la conflictividad gracias a formatos legales y a dinámicas recientes introducidas y desarrolladas en el sistema jurídico nacional en los últimos cinco lustros.



Tales formatos desconocen las figuras consolidadas en nuestras dinámicas culturales e institucionales. Llamamos justicia mestiza a figuras, como los cabildos indígenas en distintos países, los jueces de paz y las rondas campesinas, de genética combinada, que pudieron partir de formatos impuestos por los poderes coloniales o postcoloniales pero que han sido apropiados y reconfigurados gracias a la creatividad popular en los espacios locales, lejos de los intereses prioritarios de los poderes centrales. Las instancias de justicia mestiza mencionadas resuelven afortunadamente en los conflictos internos varios de los problemas que no logra resolver la justicia de los jueces en la región latinoamericana y de los problemas estructurales del sistema judicial.

Al operar según las normas propias de la comunidad actúan con gran acogida y legitimidad. Al ocuparse de manera consensual e integral de los conflictos, en busca de la resocialización y la reconciliación, se han convertido en herramientas de convivencia viables y sostenibles, altamente valoradas por sus comunidades. La justicia mestiza es sistemáticamente menoscaba tanto en las políticas públicas correspondientes como en la academia jurídica. Con argumentos anclados en los discursos jurídicos europeizantes, cuando no se les persigue, se les cuestiona o se les trivializa.

Los argumentos que se usan en contra de la justicia mestiza carecen de fuerza más allá de la ideología jurídica moderna y solapan dinámicas racistas y eurocéntricas mediante las que se construyen las leyes y las instituciones en nuestra región. El sistema de poder mundial ha establecido dispositivos de validación de instituciones y saberes jurídicos que van de la mano con los centros de dominación planetaria por lo que las instituciones, las normas y los saberes periféricos o subordinados en esas estructuras fractales carecen de validación en el campo jurídico. La justicia mestiza se muestra como atrasada cuando no simplemente se le omite. A pesar de que tiene



evidencias de pertinencia y calidad mayores que el SJ en sus contextos se le ponen limitaciones a sus competencias y se les somete a un sistema de capacitación mediante el que busca someterlos como actores subordinados y marginales en el campo jurídico.

Nuestra posición como país periférico afecta las tendencias que tienen la justicia comunitaria en medio de las dinámicas de globalización del derecho y la A de J, pero ello no ha tenido un único signo. Las principales transformaciones que ha tenido el sistema judicial en las tres últimas décadas han estado marcadas por un papel más activo de entidades multilaterales de crédito y, en especial, la cooperación de los Estados Unidos. La nueva cara de la A de J no ha sido otra cosa que la localización del globalismo impuesto desde el sistema norteamericano.

La modalidad dominante de globalización ha traído también los formatos de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se vienen implementando de manera similar en todo el continente, cooptando o arrasando los enfoques y los avances alcanzados desde las experiencias comunitarias. En contravía una suerte de globalismo cosmopolita ha emergido desde las experiencias de justicia propia y de justicia mestiza y el nuevo constitucionalismo latinoamericano del último cuarto de siglo. Con todo, la globalización contrahegemónica en la justicia muestra una tendencia a la desaceleración. De modo que la idea de estados plurinacionales, de diversidad y pluralismo jurídico, de buen vivir en la justicia, no han mostrado su potencial y carecen de una fuerza que los movilice en las políticas públicas y en los procesos sociales.

En el capítulo cuarto analizamos las tendencias generales de la JC en Colombia. Allí nos concentramos en responder a la pregunta central de esta obra sobre los alcances que tiene en la Colombia las dinámicas de justicia comunitaria. Sostenemos que los rumbos de la JC están marcados por dos grandes dinámicas, la propia de las comunidades y los vectores contextuales, los cuales confluyen en la manera como la



acción estatal afecta. La posición adquirida por la JC en el campo jurídico le ha permitido expandirse y crecer pero a costa de perder buena parte de su riqueza y su capacidad transformadora de los modelos imperantes. Diferentes actores externos, con anuencia de algunos internos, empujan a la JC a subordinar sus instancias, su estructura axiológica y sus metodologías a las judiciales.

A través de algunos ejemplos, mostramos los potenciales de las figuras comunitarias para tramitar los conflictos desde la diversidad y con impacto positivo y sostenible en la convivencia. Son ejemplos de una amplia gama de figuras, aquí vemos tres: una muy consolidada (indígena) que vienen experimentando un proceso de transformación por la transformación que tienen la propia comunidad; otra que está siendo transformada para asimilarse a los formatos estatales (afrodescendiente) en medio de violentos cambios del contexto y; otra que es el formato llevado desde el Estado (conciliación en equidad) a un escenario de violencia extrema .

Las figuras de justicia propia surgen y se desarrollan desde diferentes necesidades asociadas con una regulación desde las propias identidades culturales y un reclamo histórico de autonomía comunitaria. Las tradiciones coinciden con un enfoque constructivo y consensual en su modelo de administración de justicia pero se han venido transformando en la dirección opuesta. Hoy suelen tener órganos y normas combinados entre lo que se funda en las pautas vernáculas y las imposiciones o la asimilación de categorías occidentales. Luego de una experiencia centenaria articulada a sus prácticas sociales y a sus estructuras culturales, las figuras de justicia, altamente diversas como es la diversidad cultural del país, vienen siendo mutadas en los últimos lustros por su interacción con el Estado y en la medida en la que las relaciones entre comunidades diversas se han intensificado. De modo que las comunidades han tenido que transformar sus instituciones tanto para el manejo de los conflictos internos como para los que se presentan en las fronteras culturales.



La conciliación en equidad se estableció en la ciudad de Bello no como alternativa a la justicia judicial sino a las dinámicas de escalada que venían detrás de las ofertas de gestión de conflictos que iban surgiendo en el área metropolitana de Medellín, de la que hace parte. Lo mismo que en varios de los doscientos municipios, donde se ha implementado esta figura regulada en sus procedimientos por el derecho estatal, ha iniciado la superación del caos reinante y aportado a la convivencia pacífica. Con la conciliación en equidad se logra recrear una tradición autorregulativa de los conflictos en compañía de la promesa de eficacia que tienen las decisiones ante el sistema jurídico nacional pero que casi nunca se hace necesario usar.

Hemos abordado un debate que no se ha hecho en Colombia suficientemente sobre la denominación que la academia y los actores políticos le dan a estas figuras. Con ello tomamos distancia de conceptos que: (i) confunden la experiencia comunitaria con figuras con las que sólo tienen en común ser diferentes al sistema judicial; (ii) desconocen que en los espacios próximos la centralidad en la administración de justicia la tienen los procesos comunitarios y no el judicial; (iii) reducen la administración de justicia a la que ejercen los jueces. Sostenemos que la expresión *justicia comunitaria* es la más adecuada para dar cuenta de los procesos en los que autoridades propias de un grupo humano específico, intervienen los conflictos a partir de sus estructuras normativas.

En principio, hablaremos de justicia comunitaria cuando la actuación de instancias de la comunidad fundan sus actuaciones en las estructuras normativas que subyacen a la identidad de los actores, quienes se comportan según ellas y, correlativamente, legitiman las acciones que las toman como base para dirimir los conflictos. Esas identidades pueden ser muy particulares pero también pueden ser tan extensas, en ciertos temas o aspectos, como lo que nos hace ser colombianos. Así, ante los problemas señalados de disparidad entre derecho y cultura, la JC se ofrece como posibilidad real de articular las decisiones de conflicto con un referente colectivo de justicia y no dejarlo a la simple voluntad de las partes.



Desarrollamos una clasificación de las experiencias de justicia comunitaria, que aplicamos en la de Colombia, a partir de la manera como se relacionan con el Estado. La pertinencia de esta clasificación se debe a que la relación de los procesos de justicia ligados a la identidad cubre unas trayectorias completamente diferenciables entre sí según el papel que tenga el Estado ante ellas. La JC siempre existe en una comunidad y, en sus referentes culturales encuentra su legitimidad y su validez. El elemento diferenciador radica en la manera como se relaciona externamente la experiencia. Si está relativamente aislada o si está sujeta a dinámicas externas a la comunidad. Hay JC que discurre en la comunidad sin intromisión de reguladores externos y sin reconocimiento del Estado. Hay JC que discurre en la comunidad pero cuenta con reconocimiento estatal. Hay JC para la que el Estado determina su establecimiento, su provisión y sus reglas para decidir pero las decisiones se toman según la normatividad propia de la comunidad. La que establece el Estado ofrece validez externa a las decisiones comunitarias. En las dos últimas, la validación de las actuaciones ante el sistema jurídico nacional reconfigura las instancias y redefine sus reglas.

Hemos centrado nuestro análisis final en dos figuras: la justicia indígena (justicia propia reconocida) y justicia en equidad (justicia comunitaria establecida según reglas del Estado) dos figuras que tienen su lugar en el sistema jurídico político. En la actual etapa existe una norma general de reconocimiento de la Justicia Indígena. Con lo cual la JI se hace permeable por la necesidad sobrevenida de validación de las decisiones ante el sistema jurídico nacional. La Corte Constitucional estableció la regla de que intervendrá para garantizar los derechos fundamentales como fundamento del orden jurídico político. La CC, reconociendo la pertinencia de un sistema de derecho propio y de A de J, ha sustentado criterios de autorización diferenciados. Sin discutir que los derechos fundamentales puedan ser aceptables como normas superiores válidos ante cualquier cultura, el problema es que son los jueces judiciales, actores



externos a su cultura, quienes deciden cuando esas normas pueden haberse vulnerado.

Más complicada es la relación de la justicia en equidad con el Estado. Se trata de figuras que se incubaron en la matriz de los jueces de paz peruano pero los actores del Estado y sus huestes han procurado, mediante reformas legales, políticas públicas, leguleyadas y acciones pedagógicas, someterlas a los moldes coloniales. Con lo cual, tanto a los jueces de paz como a los conciliadores en equidad se les han recortado las alas para intervenir de manera amplia e integral en los conflictos de la comunidad.

Tras un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que se manifestó que no hay diferencia material entre la conciliación en derecho y la conciliación en equidad, una avalancha de reglas cayó sobre la experiencia de justicia en equidad y los arrojó como nivel inferior del campo jurídico estatal. En el nuevo terreno han florecido los argumentos ideológicos acerca de la falta de experticia de los OJ en equidad frente a los abogados que en gestión de conflictos que solapan los consabidos prejuicios eurocéntricos y colonialistas Allí, pierde una gran parte de su capacidad de aportar a la convivencia y de fortalecer los procesos identitarios porque cualquier otro actor con competencia en el campo jurídico va a tener capacidad para imponersele y su única salida estribará en tener la sombra de un actor jurídico poderoso que le dé su cobijo, no sin contraprestaciones.



Universidad
Carlos III de Madrid

Bibliografía y Referencias



Abel, R. (1982). *The Politics of Informal Justice, Vol. I*. New York: Academic Press.

Acevedo, C., Pérez, O. & Tolosa, W. (2001). Justicia comunitaria en zonas campesinas: los casos de los municipios de Caparrapí y Arcaya en Cundinamarca. En Santos, B. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II* (pp. 389-492). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Aguilera, M. (2001). Justicia y guerrilla y población civil 1964-1999. En Santos, B. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II* (pp. 389-492). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Aguilera, M. (2003). Justicia y guerrilla: las FARC en Colombia. En Instituto de Defensa Legal, *Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la Región Andina*. Lima: Inwent

Aguilera, M. (2013). Las FARC: Auge y quiebre de su modelo de guerra. *Revista Análisis Político* (77), 85-111.

Álvarez-Correa, Miguel. (2005). *Justicia de paz, una figura de la justicia comunitaria*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Amorós, Celia. (1991). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos.

Ángel, Natalia. (2008). Discusión en torno a las soluciones de softlaw en materia de responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Privado* (40).

Appadurai, Arjun. (2001). *La modernidad desbordada. Dimensiones culturales de la globalización*. Buenos Aires: Trilce - Fondo de Cultura Económica.

Arango, Raul, & Sánchez, Enrique. (1999). *Los pueblos indígenas en Colombia 1997*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Ardila, Édgar. (1991). La Acción Jurídica Radical: Aporte al trabajo jurídico popular de América Latina en los 90. *Revista El Otro Derecho* (9), 93 - 110.



Ardila, Édgar. (2000). Justicia comunitaria: claves para su comprensión. *Revista Pensamiento Jurídico* (12), 43-52.

Ardila, Édgar. (2002a). Pluralismo jurídico, apuntes para el debate. *Revista El Otro Derecho* (26-27), 49-61.

Ardila, Édgar. (2002b). *Justicia comunitaria y orden jurídico. La administración de justicia infraestatal del nuevo siglo* (Tesis de Maestría). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España.

Ardila, Édgar. (2003). Justicia comunitaria como realidad contemporánea: Claves para el estudio de políticas públicas en justicia comunitaria. *Revista El Otro Derecho*, 75 - 101.

Ardila, Édgar. (2006). Justicia Comunitaria y Justicia en Equidad. Los Conceptos y su sentido en Colombia. En Ardila, É., *¿A dónde va la justicia en Equidad en Colombia?* Medellín: Región.

Ardila, Édgar. (2007). Breve historia de un eclipse: La justicia comunitaria y el derecho moderno. *Revista Pensamiento Jurídico* (20), 135-172.

Ardila, Édgar. (2013). Justicia comunitaria y sociedad nacional. Apuntes alrededor de la experiencia colombiana. *Revista Jurídica- Ministerio de Justicia y del Derecho*, 111-136.

Ardito, Wilfredo. (2010). *La promoción del acceso a la justicia en zonas rurales* (Tesis Doctoral). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Ariza, Libardo, & Bonilla, Daniel. (2007). *El pluralismo jurídico:: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Universidad de los Andes.

Ariza Santamaría, Rosemberth. & Abondano, Diana. (2009). *Jueces de paz. El dilema de lo justo*. Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Armenta, Maria Teresa. (2006). *Justicia de proximidad*. Madrid: Editorial Marcel Pons.

Arnaud, Andre. (1990). *El derecho sin máscara*. San Sebastián, España: Laboratorio de Sociología Jurídica.

Arnaud, Andre. (1993). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.



Arnaud, Andre. (2003). Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el Siglo XXI. En Prieto, R., *Sociología jurídica: Análisis del control y del conflicto social* (pp. 15-34). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arnaud, Andre. & Fariñas. Mara. (1996). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson.

Arocha, Jaime. (1998). La inclusión de los Afrocolombianos. ¿Meta inalcanzable?, En Maya, A. (ed.), *Los Afrocolombianos, vol. 6 de Geografía humana de Colombia* (pp. 333-395). Santafé de Bogotá: Instituto de Cultura Hispánica.

Asociación de Afrocolombianos Desplazados - AFRODES. (2009). *Los Derechos Humanos de los Afrocolombianos en Situación de Desplazamiento*. Bogotá: ACNUR.

Atienza, Manuel. (1998). Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos. En Bergalli, R. (coord.), *Contradicciones entre derecho y control social: ¿es posible una vinculación entre estos conceptos, tal como parece pretenderlo un cierto funcionalismo jurídico?* (pp. 55-70). Madrid: Bosch Editor.

Aubert, Vilhelm. (1971). *Sociología del derecho*. Caracas: Editorial Tiempo Nuevo.

Barreto, Antonio, & Perafán, Betsy. (2000). *La dimensión cotidiana del conflicto:: Análisis sobre el problema distrital de las unidades de mediación y conciliación implementadas en Bogotá*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Bastidas, Carlos. (2013). La aplicación de la justicia indígena en el Ecuador. *Revista de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales* (2), 67-75.

Bazemore, Gordon. & Dooley, Michael. (2001). Restorative justice and the offender: The challenge of reintegration. En Bazemore, G. & Schiff, M. (eds.), *Restorative Community Justice* (pp. 101-126). Cincinnati: Anderson Publishing.

Bazemore, Gordon. & Schiff, Maria. (2001). What and why now: Understanding restorative justice. En Bazemore, G. & Schiff, M. (eds.), *Restorative Community Justice* (pp. 21-46). Cincinnati: Anderson Publishing.

Beccaria, Cessare. (1988). *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza Editorial.

Benhabib, Seyla. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura: Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz Editores.



Bergoglio, Maria Ines (2008). *La matriz del orden social:: La cultura de la sociedad*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Berman, Harold. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. (M. Ultrilla de Neira, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Bevan, Alexander. (1992). *Alternative dispute resolution*. Londres: Sweet & Maxwell.

Bobbio, Norberto. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*. (A. Ruíz, Trad.) Madrid: Debate.

Bobbio, Norberto. (1992). *Thomas Hobbes*. (M. Escrivá de Romani, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Bodelón, Encarna. (1999). El análisis de género en los tribunales de justicia. En Domínguez, J. & Ramos, M., *La joven sociología jurídica en España: Aportaciones para una consolidación* (pp. 93-104). España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.

Böhmer, Martin, Pujó, Soledad, Fernández, Mariano, & Freedman, D. (2005). *Necesidades jurídicas insatisfechas: Un estudio en el Partido de Moreno*. Buenos Aires: CIPPEC.

Bonafe-Schmitt, Jean (1989). El Estado y las alternativas a la justicia. En Gobierno Vasco. Dirección de Consumo, *Encuentros Internacionales sobre Justicia Alternativa*. San Sebastián, España: Laboratorio de Sociología Jurídica.

Bonafe-Schmitt, Jean (1991). *Las justicia de lo cotidiano*. (A. Irizar Gómez, & F. Caballero Harriet, Trads.) San Sebastián, España: Laboratorio de Sociología Jurídica.

Borrero, Camilo. (2003). *Justicia alternativa. Estudio de caso*. Bogotá: Cinep

Borrero, Camilo. (2014). *Derechos multiculturales étnicos en Colombia. Una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Boulding, Kenneth. (1962). *Conflicto y defensa: una teoría general*. Nueva York: Harper & row.

Boulding, Kenneth. (1993). *Las tres caras del poder*. Barcelona: Paidós.

Bourdieu, Pierre. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bordieu, P. & Teubner, G., *La fuerza del derecho* (C. Morales, Trad., pp. 153-220). Bogotá: Siglo de Hombre Editores.



- Bourdieu, Pierre. (2002). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brower.
- Bowman, Gary, Hakim, Simon. & Seidenstat, Paul. (2000). *Privatizing the United States justice system*. Carolina del Norte: Mcfarland and Company Publishers.
- Braithwaite, John. (2001). Responsibility and restorative justice. En Bazemore, G & Schiff, M., *Restorative community justice*. Cincinnati: Anderson Publishing.
- Brandt, Hans-Jurgen. (1987). *Justicia Popular, Nativos Campesinos*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Brandt, Hans-Jurgen (1990). *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Brandt, Hans-Jurgen (2003). Justicia de Paz en los países andinos. Retrospectivas y preguntas sobre el futuro. En Instituto de Defensa Legal, *Justicia y Violencia en las zonas rurales. La Experiencia de la Región Andina* (pp. 99-114). Lima: Inwent.
- Caballero, José Antonio. (2010). *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabedo, Vicente. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Barcelona: Icaria.
- Cain, Maureen.(2000). Orientalism, occidentalism and the sociology of crime. *British Journal of Criminology* (40/2) 239-260.
- Calvo, Manuel. (1995). Políticas de seguridad y transformaciones del Derecho. En Muñagorri, I., *La protección de la seguridad ciudadana*. España: Oñati Institute.
- Cañas, B et al. (2004). *Movimiento campesino y justicia comunitaria. Experiencia y proyecto de El Común en Santander*. Bogotá: Red de Justicia Comunitaria.
- Capella, Juan Ramón. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Caplan, Jonathan. (1981). Los abogados y sus clientes: Unas mística en cuestión. En Illich, I., *Profesiones inhabilitantes*. Madrid: Hermann Blume Ediciones.
- Cappelletti, Mauro & Garth, B Bryant (1996). *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carbonnier, J. (1982). *Sociología jurídica*. (L. Díez-Picazo, Trad.) Madrid: Tecnos.



Cárcova, C. (1988). Acerca de las funciones del derecho. *Revista Crítica Jurídica* (9), 47-58.

Cárcova, C. (1999). *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer? En *Anuario de Derechos Humanos* (pp. 31-66). Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Casanovas, P. (1998). Las formas sociales del nuevo derecho contemporáneo. El nuevo *ius commune*. *Working Paper*, 146.

Castells, C. (1996). Introducción. En Castells, C., *Perspectivas feministas en teoría política*. España: Paidós Ibérica.

Castro, S. (2000). Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro. En Lander E. (Ed.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales, Perspectivas latinoamericanas* (pp. 88-98). Buenos Aires: CLACSO.

Castro, S. (2007). Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *El giro decolonial reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 79-92). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Castro, S., & Grosfoguel, R. (2007). Prólogo. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *El giro decolonial, reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 9-23). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Castrillón, J. (2006). *Globalización y derechos indígenas:: el caso de Colombia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Chirinois, L. (1990). Prólogo. En Brandt, H., *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú* (pp. 11-30). Lima: Fundación Friedrich Naumann.

Chivi, I. (2009). *Los desafíos de la justicia comunitaria (y bases para una "ley de deslinde jurisdiccional")*. La Paz: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.

Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.

Christie, N. (1998). El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre criminalización. En *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (pp. 51 y 52). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



- Clavero, B. (1992). *Institución histórica del derecho*. Madrid: Marcel Ponds.
- Clavero, B. (1994). *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo Veintiuno.
- Clavero, B. (1996). La monarquía, el derecho y la justicia. En Martínez, E. & Pacis, M. (Edits.), *Instituciones de la España moderna. Las jurisdicciones* (pp. 15-38). Madrid: Actas Editorial.
- Clavero, B. (2000). *Ama Llunku, AbyaYala: constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Clavero, B. (2008). *Geografía jurídica de américa latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Clear, T. & Karp, D. (1998). The community justice movement. En Karp, D. (edit.), *Community justice. An emerging field* (pp. 3-30). Boston: Rowman & Littlefield Publishers.
- Consedine, J. (2002). *La justicia restaurativa. Sanando los efectos del crimen*. Bogotá: Celam.
- Consejo Comunitario Rescate Las Varas. (2013). *El consejero comunitario de justicia propia*. Tumaco: Alcaldía Municipal de Tumaco.
- Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica
- Córdoba, M., & Vargas, H. (2009). *Marco para la Implementación de la Conciliación en Equidad en Colombia*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Comaille, J. (2000). *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*. Paris: PUF
- Correas, O. (1994a). La teoría general del derecho frente al derecho indígena. *Revista Crítica Jurídica* (14), 15-31.
- Correas, O. (1994b). La teoría general del derecho y el derecho alternativo. *Revista El Otro Derecho* (15), 61-74.
- Correas, O. (1995). *Introducción a la sociología jurídica*. Barcelona: Bosch.



- Correas, O. (1997). Una concepción sociológica del derecho. En Castañeda, F., Cuéllar, A. & Berruero, A., *El uso y la práctica de la ley en México*. México: Porrúa.
- Correas, O. (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara.
- Coser, L. (1961). *Las funciones del conflicto social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coser, L. (1970). *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Crocker, J., DuPraw, M., Kunde, J. & Potapchuk, W. (1996). *Negotiated approaches to environmental decision making in communities: An exploration of lessons learned*. Washington, DC: Program for Community Problem Solving.
- Curle, A. (1978). *Conflictividad y pacificación*. (F. Ezcurra, Trad.) Barcelona: Editorial Herder.
- Coy, G. & Hedeem, T. (1998). Disabilities and mediation readiness in court-referred cases: developing screening criteria and service networks. *Mediation Quarterly* (16) 113-127.
- Dahrendorf, R. (1994). *Ley y orden*. Madrid: Civitas.
- Daza, A. & Hurtado, F. (1999). Justicia comunitaria, entre las instituciones y las organizaciones. *Revista Pensamiento Jurídico* (12), 23-42.
- De la Peña, S. (2005). *Capitalismo en cuatro comunidades rurales*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- De la Torre, J. (1986). *El derecho que sigue naciendo del pueblo*. México: Estudios Regionales de Aguascalientes.
- Díaz, E. (1993). *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus.
- Díaz, Elias. (1995). Estado de derecho: Exigencias internas, dimensiones sociales. *Revista Sistema* (125), 5-22.
- Díaz-Mas, Paloma., & De la Puente, Cristina. (2007). *Judaísmo e islam*. Barcelona: Ares y Mares.



Duffy, Karen. (1996). *La mediación y sus contextos de aplicación, una introducción para profesionales e investigadores*. Barcelona: Paidós.

Dukes, F., Pischolish, M. & Stephens, John. (2000). *Reaching for higher ground in conflict resolution: Tools for powerful groups and communities*. San Francisco: Jossey-Bass.

Echeverry, J., & Partow, Z. (Cords.).(1998). Por qué la justicia no responde al crimen: el caso de la cocaína en Colombia. En Cárdenas, M. & Steiner, R., *Corrupción, crimen y justicia*. Bogotá: Fedesarrollo, LACEA, Colciencias & TM Editores.

Eiras, Ulf. (2005). *Mediación penal: De la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Histórica.

Elster, Jon. (2001). *Las limitaciones al paradigma de la elección racional*. Valencia: Institución Alfons el Magnànim.

Elster, Jon. (1992). *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*. Barcelona: Gedisa Editorial

Entelman, Remo. (2002). *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa.

Escobar, Arturo. (Cord.).(2000). El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o postdesarrollo? En Lander, E., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 115-152). Buenos Aires: Clacso - Unesco.

Espinosa, Nicolas. (2003). Entre la justicia guerrillera y la justicia campesina ¿un nuevo modelo de justicia comunitaria??. *Revista Colombiana de Sociología* (20).

Estupiñán, Juan. (2006). Afrocolombianos y el censo del 2005. *Revista de la Información Básica*, 1 (1).

Facio, Aida., & Fries, Lorena. (1999). *Género y derecho*. Santiago de Chile: Lom Ediciones.

Fajardo, Luis. Alfonso. (2006). Los invisibles en el laberinto del Minotauro o la lucha por el derecho a la justicia en Colombia. *Iusta* (24), 61-85.

Farias, Jose. (1995). El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas. *Revista El Otro Derecho* (20), 81-157.



- Fariñas, Maria. Jose. (1991). *La sociología del derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas.
- Fariñas, Maria. Jose. (2000). *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Madrid: Dykinson
- Fariñas, Maria. Jose. (2005). *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Fariñas, Maria. Jose. (2008). Las fronteras identitarias. En F. Díaz, R. Moreno, & J. Bautista, *Estudios y debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México - España* (pp. 49-57). Oaxaca: Universidad Autónoma "Benito Juárez".
- Fariñas, Maria. Jose. (2014). *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Dykinson.
- Fascioli, Ana. (2010). Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría de Carol Gilligan. *Revista Actio*(12), 41-57.
- Faundez, J. (2007). Legal technical assistance. En Faundez, J. (ed.), *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. Londres: MacMillan Press.
- Felstiner, F., Abel, R., & Sarat, A. (2001). Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación. En García Villegas, M. (Ed.), *Teoría y sociología del derecho en Estado Unidos* (pp. 39-67). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Fernández, Francisco . (2001). Ciudadanos y siervos: El "hombre mecánico", la justicia y la democracia. *Revista Realidad* (83), 611-623.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrari, Vincenzo. (1989). *Funciones del derecho*. (M. Añón ,& J. De Lucas, Trads.) Madrid: Editorial Debate.
- Ferrari, Vincenzo. (2000). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*. (A. Greppi, Trad.) Madrid: Dykinson.
- Ferrari, Vincenzo. (2012). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



- Fioravanti, Maurizio. (1996). *Apuntes para la historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Fitzpatrick, Peter. (1995). The impossibility of popular justice. En Merry, S. & Milner, N. (eds.), *The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States* (pp. 401-474). Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Fitzpatrick, Peter. (1998). *La mitología del derecho moderno*. (N. Parés, Trad.) Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, Michel. (1975). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, Michel. (1978). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, Michel. (1988). *Un diálogo sobre el poder*. (M. Morey, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Foucault, Michel. (1992). *La microfísica del poder*. Madrid: Ediciones Piqueta.
- Foucault, Michel. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. (E. Lynch, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.
- Franco, Vilma. (2004). Violencia, conflictos urbanos y guerra civil: el caso de Medellín en la década del noventa. En Balvin, J. (Comp.), *Violencias y conflictos urbanos: un reto para las políticas públicas* (pp. 59-110). Medellín: Instituto Popular de Capacitación .
- Fraser, Nancy. (2008). *Escalas de la justicia*. Barcelona: Editorial Herder.
- Friedeman, Nina. & Arocha, Jaime. (1998). *De sol a sol. Génesis, transformaciones y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Planeta
- Fromm, Erich. (1966). *El corazón del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gainza, Patricia. (2006). *Tendencias migratorias en América Latina*. Obtenido de <http://www.globalizacion.org/analisis/GainzaMigracionesAmericaLatina.htm>
- Gaitán, T. (2009). *Entre los derechos fundamentales y el principio de diversidad étnica y cultural. Análisis de la jurisprudencia de la corte constitucional* (Trabajo de grado). Popayán: Universidad del Cauca.



- Galanter, Marc. (2001). Porque los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En García Villegas, M. (Ed.), *Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (pp. 70-103). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Galeano, Eduardo. (1995). *Memoria del fuego I. El siglo del viento*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Galeano, Eduardo. (1995). *Memoria del fuego III. El siglo del viento*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Galeano, Eduardo. (2004). *Patas arriba: La escuela del mundo al revés*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Galtung, Johan. (1985). *Sobre la paz*. Barcelona: Editorial Fontamara.
- Galtung, Johan. (2003). *Paz por medios pacíficos. Paz, conflicto, desarrollo y civilización*. Bilbao: Gernika Gogoratuz.
- Garapon, Antoine. & Papadopoulos, Ioannis. (2008). *Juzgar en Estado Unidos y en Francia, cultura francesa y commonlaw*. Bogotá: Legis.
- Garay, Luis. (2008). *La captura la reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Método & Fundación Avina .
- García Canclini, Nestor. (1989). *Culturas híbridas: estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México: Grijalbo.
- García Márquez, Gabriel. (1981). *Crónica de una muerte anunciada*. Bogotá: Editorial La Oveja Negra.
- García Márquez, Gabriel. (1995). *Obra periodística. Entre cachacos*. Bogotá: Editorial La Oveja Negra.
- García Nosa, Antonio. (1978). *Sociología de la reforma agraria en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Cruz del Sur.
- García Villegas, Mauricio. (2001). Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina. *Revista El Otro Derecho* (26-27), 13-48.
- García Villegas, Mauricio. (2008). *Jueces sin estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Dejusticia.



García Villegas, Mauricio. (Coord.). (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

García Villegas, Mauricio., & Espinoza, Jose. (2013). La geografía de la justicia. Una mirada local al funcionamiento de la justicia en Colombia. En CEJ, *Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana* (pp. 231-269). Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

García Villegas, Mauricio., Espinosa, Jose. Rafael., Lalinde, Sebastian., Arroyave, Lina., & Villadiego, Carolina. (2015). *Casas de Justicia. Un buena idea mal administrada*. Bogotá, Colombia: Ceja- Dejusticia.

García Villegas, Mauricio., García, Miguel., Rodríguez, Juan., Revelo, Eduardo., & Espinosa, Rafael. (2013). *Los estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia.

Garlock, Jonathan. (1982). The knights of labor courts: A case study of popular justice. En Abel, R., *The Politics of Informal Justice, Vol. I*. New York: Academic Press.

Garrido, Maria. Isabel. (2012). La corriente privatizadora del Derecho. *Revista Fronesis de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol 19(2), 221-241.

Garth, Bryant. (1982). The movement toward procedural informalism in North America and Western Europe: a critical survey. En Abel, R. *The politics of informal justice*. New York: Academic Press.

Garzón, Adela. (1998). Familismo y creencias políticas. *Revista Psicología política* (17), 101-128.

Geertz, Clifford. (1994). *Conocimiento local, ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós.

Gessner, Volkmar. (1984). *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gessner, Volkmar. (1988). Sobre la función de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos. En *Anuario Vasco de Sociología del Derecho* (pp. 89-96). San Sebastian: Laboratorio de Sociología Jurídica.

Ghiringhelli, Rodrigo. (2000). *Informalizacao da justica e controle social*. Sao Paulo: Ibccrim.



Giménez, Pilar. (1993). *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch

Gitlitz, John. (2003). Rondas Campesinas y violencia. En Instituto de Defensa Legal, *Justicia y Violencia en las zonas rurales. La Experiencia de la Región Andina* (pp. 141-148). Lima: Inwent.

Giraldo, Jaime. (1997). Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como camino para volver a llenar el Derecho de contenido social. En Betancur, B., *Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.

Gluckman, Max. (1972). Proceso judicial. Estudio comparado. En Sill, D., *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (Vol. 8). Barcelona: Aguilar.

Gómez, Herinaldy. (1999). Crisis de la justicia y jurisdicción indígena en Colombia. *Revista Convergencia*, Vol. 6(18).

Gómez, Herinaldy. (2000). *De la justicia y el poder indígena*. Popayán: Universidad del Cauca.

Gómez, Pedro. (1982). *La otra raya del tigre*. Bogotá: Editorial la Oveja Negra.

Gómez Sánchez, Gabriel. (2001). Justicia comunitaria en zonas urbanas. En Santos, B. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

González Pablo. (2003). *Colonialismo interno (una redefinición)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gordillo Santana, Luis. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel.

Gordillo Vidales, Cesar. (2015). *Conciliación en equidad. Normatividad, jurisprudencia, Conceptos y Concordancias*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Gottsbacher, M. (2013). De inseguridad excluyente a la construcción de seguridad legítima. En Abello, A. & Angarita, P., *Nuevo pensamiento sobre seguridad en América Latina. Hacia la seguridad como un valor democrático*. (pp. 1-18). Colombia: CLACSO.

Goyes, Isabel. (2010). *La enseñanza del derecho en Colombia 1886-1930*. Pasto: Universidad de Nariño.



Griffits, Anne. (1996). Between Paradigms: Differing perspectives on Justice in Malepole Bostwana. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (36), 195-214.

Grosfoguel, Ramon. (2007). Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial desde Aimé Césaire hasta los zapatistas. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 63-78). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Guerra Curvelo, Weildler. (2002). *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad Wayuu*. Bogotá: Ministerio de Cultura.

Guevara, Armando., & Thome, Joseph. (1992). Notes on legal pluralism. *Beyond Law*, Vol II, 78-80.

Guillén-Martínez, Fernando. (2008). *El poder político en Colombia*. Bogotá: Arco.

Gurvitch, Georges. (1945). *Sociología del derecho*. (A. Romera, Trad.) Rosario: Editorial Rosario.

Gutiérrez, Francisco. (1997). Gestión del conflicto en entornos turbulentos. En Betancurt, B., J. Faría, García, M., Gutiérrez, F., Palacio, G. & Uribe, M., *Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Bogotá, Colombia: Tercer Mundo Editores.

Habermas, Jürgen. (1989). Modernidad, un proyecto incompleto. En Casullo, N. (Comp.), *El debate modernidad postmodernidad* (pp. 131-144). Buenos Aires: Punto Sur Editores.

Habermas, Jürgen. (1989). *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra.

Habermas, Jürgen. (2000). *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Barcelona: Paidós.

Harrington, Christine. (1982). Delegalization Reform Movements: A historical Analysis. En Abel, R., *The Politics and Informal Justice* (pp. 35-71). New York: Academic Press.

Harris, Marvin. (1984). *Introducción a la Antropología General*. Madrid: Alianza Universidad.



- Hart, Herbert. (1963). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Held, David. (1997). *La democracia y el orden global*. Barcelona: Paidós
- Heller, Ágnes. (1978). *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Ediciones Península.
- Heller, Ágnes. (1994). *Sociología de la vida cotidiana*. Barcelona: Ediciones Península.
- Hernández, Esperanza. (2000). Comunidades de paz: Expresiones de construcción de paz entre la guerra y la esperanza. *Reflexión Política* (4).
- Hernández, Jose. (2011). *La perspectiva del neoinstitucionalismo y el capital social en el desarrollo económico social*. Obtenido de Revista Entorno Empresarial: http://sistemanodalsinaloa.gob.mx/archivoscomprobatorios/_9_articulosrevistasdificion/257.pdf
- Hespanha, Antonio. (1989). *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, Siglo XVII)*. Madrid: Taurus Humanidades.
- Hespanha, Antonio. (1993). *La gracia del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Hespanha, Antonio. (1997). *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa América.
- Hespanha, Antonio. (1999). *História do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte.
- Hespanha, Antonio. (2002). *Cultura jurídica europeia. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Hobbes, Thomas. (1994). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hofritcher, Richard. (1982). Neighborhood justice and the social control problems of American capitalism: a perspective. En Abel, R., *The Politics and Informal Justice* (pp. 35-71). New York: Academic Press.
- Hofritcher, Richard. (1987). *Neighbourhood justice in capitalist society: The expansion of the informal state*. Connecticut: Greenwood Press.



Jaquenod, Alejandro. (2010). *Problemas de hegemonía y dominación: análisis crítico sobre las las teorías neoinstitucionalistas del desarrollo postcolonial*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.

Jaramillo, Ana., Villa, Marta., & Ceballos, Ramiro. (2001). Actores recientes del conflicto armado en Medellín. En Santos, Boaventura. & García Villegas, Mauricio., *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Tomo II*. (pp. 423-492). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Junquera, Carlos. (1992). Ecología y guerra: hipótesis y sugerencias sobre estos conceptos en la Amazonía. *Revista Española de Antropología Americana* (22), 163-180.

Kalmanovitz, Salomón. (1994). Análisis macroeconómico del narcotráfico en la economía colombiana. En Vargas, Ricardo. (Comp.), *Drogas, poder y región en Colombia: impactos locales y conflictos* (Vol.I). Bogotá: Cinep.

Kalmanovitz, Salomón. (1997). *Las instituciones, la ley y el desarrollo económico en Colombia*. Obtenido de Banco de la República:http://www.eumed.net/coursecon/textos/kalmanovitz_inst.htm

Kalmanovitz, Salomón. (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Obtenido de Banco la República: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra131.pdf?q=colombianas>.

Karp, David. (1998). *Community justice. An emerging field*. Boston: Rowman & Littlefield Publisher.

Karp, David., & Clear, Todd. (2006). Justicia comunitaria: marco conceptual. En Barberet, Rosemary. & Barquín, Jesús., *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000* (pp. 223-273). Granada: NationalInstitute of Justice.

Kelsen, Hans. (1992). *¿Qué es justicia?* (A. Calsamiglia, Ed.) Barcelona: Ariel.

Kelsen, Hans. (1994). *Teoría general de las normas*. México: Trillas.

Kelsen, Hans. (1995). *Teoría general del derecho y del estado*. (E. García-Máynez, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kriesberg, Louis. (1973). *Sociología de los conflictos sociales*. México: Editorial Trillas.

Kymlicka, Will. (1996). *Ciudadanía multicultural*. (C. Castells, Trad.) Barcelona: PaidósIbérica.



- Kymlicka, Will. (2000). Citizenship in culturally diverse societies: issues, contexts, concepts. En Kymlicka, W. & Norman, W., *Citizenship in culturally societies*. Reino Unido: University of Oxford.
- Kymlicka, Will. (2001). *Cosmopolitismo, estado-nación y nacionalismo de las minorías*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kymlicka, Will. (2004). *Estados, naciones y culturas*. Córdoba, España: Almuzara.
- La Rota, Miguel, Lalinde, Sebastian., & Uprimny, Rodrigo. (2013). *Encuesta nacional de necesidades jurídicas*. Bogotá: Dejusticia.
- Lalinde, Jesus. (1988). *El derecho en la historia de la humanidad*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Lalinde, Jesus. (1998). *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona: EUB.
- Lander, Edgardo. (1998). *Eurocentrismo y colonialismo en el pensamiento social latinoamericano*. Obtenido de Ceapedi: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/84.pdf>
- Lander, Edgardo. (2000). Saberes coloniales y eurocéntricos. En Lander, E. (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 4-12). Buenos Aires: Clacso. Unesco.
- Leal, Fancisco. (1984). *Estado y política en Colombia*. Bogotá: Cerec & Siglo Veintiuno Editores.
- Lechner, Norbert. (1998). Nuestros miedos. *Perfiles Latinoamericanos* (13), 179-198.
- Lederach, Paul. (1999). *Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Washington: United States Institute of Peace Press.
- Liebmann, Marian. (1998). *Community and neighbour mediation*. Cavendish: Publishing Limited.
- Llewellyn, Jennifer., & Howse, Robert. (1999). Institution for restorative justice: The South African Truth and the reconciliation commission. *LawJournal*, 49(3), 355-388.
- Llinás, V. (1998). *Acceso a la justicia y descentralización: estudio de caso. Tesis Especialización en Derecho Público*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Locke, Jhon. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos.



Londoño, B. & Romero, T. (2005). *Colombia: Challenges in Country-level monitoring*. Paper prepared for the World Bank Symposium. Washington D.C.

López, Francisco. (2000). Abrir, impensar y redimensionar las ciencias sociales en América Latina y el Caribe. En Lander, E., *La colonialidad de saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 108-121). Buenos Aires: Clacso & Unesco.

Losano, Mario. (1993). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Editorial Debate.

Luhmann, Niklas. (2006). *El derecho de la sociedad*. México: Herder.

Machado, Absalon. (1998). *La cuestión agraria en Colombia al final del milenio*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

MacKinnon, Catharine. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Macpherson, Crawford. (1979). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Barcelona: Editorial Trotta.

Maldonado, Nelson. (2007). Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 127-167). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Mann, Michael. (1997). *Las fuentes del poder social II*. Madrid: Alianza Universidad.

Manrique, Nelso. (2002). *El tiempo del miedo: la violencia política en el Perú, 1980-1996*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Martínez, S. (2012). *Sobre pobreza y familia: Madres jefas de hogar y hogares biparentales*. Obtenido de Revista Humanum: <http://www.revistahumanum.org/blog/sobre-pobreza-y-familia-madres-jefas-de-hogar-y-hogares-biparentales/>

Mayer, Max. (2000). *Normas jurídicas y normas de la cultura*. Buenos Aires: Hammurabi.

Mayer, Max. (2008). *El concepto y la idea del derecho*. Bogotá: Leyer.



Medina, C. (2002). *Modelo local del Sistema Nacional de Justicia*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.

Melo, Jorge., et al. (2009). *Cultura ciudadana en Bogotá: Nuevas perspectivas*. Bogotá: Secretaria de Cultura, Recreación y Deporte.

Merry, Sally. (2003). Una clasificación de la Justicia Popular. En Ardila, É. & Pérez, L., (Edits.), *Variaciones sobre la justicia comunitaria* (pp. 39-74). Bogotá: ILSA.

Merry, S., Griffiths, Julio., & Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo jurídico*. (L. Ariza, & D. Bonilla, Trans.) Bogotá: Sglo del Hombre Editores.

Messuti, Ana., & Sampedro, J. (2001). *La administración de justicia:: en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Mockus, Antanas. (2002). Convivencia como armonización de ley, moral y cultura. *Perspectivas*, XXXII(1), 19-37.

Molano, Alfredo. (2001). Justicia guerrillera. En Santos, B. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo II* (pp. 331-388). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Montaña, Juan. (2008). La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana. En Ávila, R., Grijalva, A. & Martínez, R., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (pp. 189-205). Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Morales, Carlos. (2000). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner. En Bourdieu, P. & Teubner, G., *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Nader, Laura. (1977). Conflicto. Aspectos antropológicos. En D. Sill (Dir.), *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales* (Vol. 3, pp. 20-24). Madrid: Aguilar.

Nader, Laura. (1984). *Law in culture and society*. Berkeley: University a California Press.

Nemogá, Gabriel. (1990). *El estado y la administración de justicia en Colombia*. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho.

Nemogá, Gabriel. (2001). Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia. En Santos, B., & García



Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I (pp. 215- 259). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Neuman, Elias. (1997). *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Nina, Daniel. (1993). The soft vengeance of the people: Popular justice and legal pluralism in South Africa. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* , 69-87.

Nina, Daniel. (1995). *Rethinking popular justice*. Cape Town: Community Peace Foundation.

North, Douglass. (1990). *La nueva economía institucional*. Obtenido de Revista Libertas. 12: http://www.eseade.edu.ar/servicios/Libertas/33_5_North.pdf

North, Douglass. (2000). *La evolución histórica de las formas de gobierno*. Obtenido de Revista de Economía institucional. 2: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No2/dnorth2.pdf>

North, R. (1974). Conflicto. En D. Sill (Dir.), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (Vol. 3, pp. 11-17). Madrid: Aguilar.

OIT. (2013). *Panorama laboral 2013: América Latina y el Caribe*. Lima: OIT.

Olamendi, Gabriel. (s.f.). *Fidelización de los clientes*. Obtenido de estoemarketing.com: <http://qmtltda.com/phocadownload/G.Calidad/doc%209%20.fidelizacion%20cliente.s.pdf>

ONU.(2013). *Global study on homicide*. Londres: Onodc.

Orellana, Rene. (2003). Prácticas Judiciales en comunidades indígenas quechuas. En V. Gutiérrez, *Justicia comunitaria*. Sucre, Bolivia: Instituto de la Judicatura de Bolivia.

Ost, François. (2005). *El tiempo del derecho*. México: Siglo Veintiuno Editores.

Pachón, Ximena. (1996). Los Nasa o la gente Paez. En Pachón, X., Oliveros, D. & Wiesner, L., *Geografía humana de Colombia. Región Andina Central. Tomo IV. Volumen II*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica.

Palacio, German. (1987). *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*. Bogotá: Cerec.



Palacio, German. (1993). *Pluralismo jurídico: el desafío al derecho oficial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Palacio, German. (1998). *Globalizaciones, Estado y narcotráfico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Palma, Monica. (2003). Destierro y Encuentro. Aproximaciones al exilio latinoamericano en México 1954-1980. Recuperado de <https://alhim.revues.org/363#quotation>

Panikkar, Raimon. (1999). *El espíritu de la política: homo politicus*. Barcelona: Península.

Partners de Colombia & Proceso de Comunidades negras. (2013). *Proyecto, Fortalecimiento de los sistemas de justicia ancestral propia y de solución de conflictos de las comunidades afrocolombianas organizadas en consejos comunitarios de los departamentos de Chocó y Nariño*. Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá.

Pásara, Luis. (1979). *Justicia de paz no letrada*. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.

Pásara, Luis. (1982). *Jueces, justicia y poder en el Perú*. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.

Pásara, Luis. (1988). *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey.

Pásara, Luis. (2006). *La cooperación internacional en materia de justicia en el ámbito latinoamericano*. Santander: Encuentro de Latinoamericanistas Españoles.

Pásara, Luis. (2010). Reformas del sistema de justicia en América Latina: Cuenta y balance. En Caballero, J., Concha, H. & Fix-Fierro, H., *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 371- 419). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Pasukanis, Evgueni. (1976). *Teoría general del derecho y del marxismo*. Barcelona: Editorial Labor.

Pateman, Carole. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.

Paz, Octavio. (1979). *El laberinto de la soledad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Peces-Barba, Gregorio. (1994). *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate.



Peces-Barba, Gregorio. (1995). *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin del siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Peces-Barba, Gregorio. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. (R. de Asís, C. Fernández, & A. Llamas, Comps.) Madrid: Universidad Carlos III.

Peltason, J. (1974). Proceso judicial. En Sill, D. (Dir.), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (Vol. 8). Madrid: Aguilar.

Peña, Antonio. (1998). *Justicia comunal en los andes del Perú. El caso calahuyo*. Lima: Universidad Católica de Perú.

Perafán, Cesar. (1995). *Sistemas jurídicos Paez, Kogui, Wayuu y Tule*. Bogotá: Colcultura.

Pérez, Rogelio, & Friedman, Lawrence. (2003). Introducción. Culturas jurídicas latinas en Europa y América en tiempos de globalización. En Fix-Fierro, H., Friedman, L. & Pérez, R. (Edits.), *Culturas jurídicas latinas en Europa y América en tiempos de globalización* (pp. 1-25). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Petras, James. (2000). *La izquierda contraataca*. Madrid: Akal.

Piñacué, Carlos. (2008). *El thê wala como autoridad espiritual en los escenarios de la palabra mayo en el territorio Nasa. Calderas, Inza-Cauca*. (Tesis de grado). Popayán: Universidad del Cauca.

Portes, Alejandro. (2006). Instituciones y desarrollo: Una revisión conceptual. *Cuadernos de Economía* (45), 14-52.

Pressburguer, Miguel. (2002) El derecho en favor de los sectores populares. En De la Torre Rangel, J., *Derecho Alternativo y crítica jurídica*. (pp. 213-224). México: Porrúa.

Quijano, Anibal. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Comp.), *La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* (pp. 122-151). Buenos Aires: Clacso.

Quijano, Anibal. (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes* (pp. 93- 125). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Quintero, M. (1987). *¿qué paso con la tierra prometida?*. Bogotá: Cinep.



- Raine, John. (1989). *Local Justice. Ideals and realities*. Edinburgh: T & T Clarck.
- Rangel, Alfredo. (1993). *Naturaleza y dinámica de la guerra en Colombia*. Obtenido de Library Fest: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/01993/03.pdf>
- Rangel, Alfredo. (1998). *Colombia, guerra en el fin del siglo*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Rangel, Alfredo. (2001). *Guerra insurgente, conflictos en Malasia, Perú, Filipinas, El Salvador y Colombia*. Bogotá: Intermedio Editores.
- Ray, Larry. (2000). Privatization of justice. En, Bowman, G., Hakim, S. & Seidenstat, P., *Privatizing the United States justice system*. Carolina del Norte: Mcfarland and Company Publishers.
- Redorta, Josep. (2005). La evolución de la mediación y el estudio del conflicto. *Revista Trabajo Social* (1 extra), 147-168.
- Regalado, José. (2008). Criterios para un modelo de regulación plural en el Perú. En Huber, R., Martínez, J., Lanchenal, C. & Ariza, R., *Hacia sistemas jurídicos plurales*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Requena, Felix. (2003). *Análisis de redes sociales. Orígenes, teorías y aplicaciones*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Requena, Felix. (2008). *Redes sociales y sociedad civil*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Reyes, Victor. (2014). *Medellín un espacio anónimo. X Congreso Nacional de Sociología*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rex, John. (1985). *El conflicto social*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Robinson, Dilia. (s.f.). *Pueblo raizal en Colombia*. Obtenido de Universidad del Rosario: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/InvestigacionenDerechoAmbiental/ur/Catedra-Viva-Intercultural/documentos/raizales-DiliaPDF.pdf>
- Robles, Gregorio. (1997). *Sociología del derecho*. Madrid: Civitas
- Rodríguez, César. (2001). La justicia civil y de familia. En Santos, B., & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I* (pp. 547- 614). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.



Rodríguez, Eduardo. (1991). Pluralismo jurídico: ¿El derecho del capitalismo actual?. *Revista Nueva Sociedad* (112).

Roig, Julia. & Rose, Ian. (2005). *Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide*. USAID/ Checchi & Company Colombia.

Rojas, Fernando. (1988). Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina. *Revista El Otro Derecho* (1), 7-18.

Roldán, Hernando. (1995). Conflicto armado y participación ciudadana en los procesos de paz. En P. Angarita (comp.), *Derechos humanos y solución de conflictos: perspectivas*. Medellín: Instituto Popular de Capacitación.

Roldán, Hernando. (2000). Construcción de consensos en las comunas de Medellín. El Caso de Moravia. *Revista Pensamiento Jurídico*, 81-105.

Román, Maria Teresa. (2003). *Diccionario antológico de budismo*. Madrid: Alderaván Ediciones.

Rosero, Antonio. (2013). *Fortalecimiento de los sistemas de Justicia ancestral propia y de solución de conflictos en las Comunidades Afrocolombianas del Pacífico*. Bogotá: Partner -Ministerio de Justicia y del Derecho.

Ross, Marc. (1995). *La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*. Barcelona: Paidós.

Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sumario. En Santos, B., & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Russell, Bertrand. (1967). *El poder en los hombres y en los pueblos*. Buenos Aires: Losada.

Samudio, Vera (2006). *El Derecho, una construcción social. Estudio de caso sobre las FARC-ep en la región del Sumapaz desde la microsociología del derecho*. (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sánchez Botero, Esther. (2001). Aproximación desde la Antropología Jurídica a la Justicia de los Pueblos Indígenas. En Santos, B., & M. García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.



Sánchez Gómez, Gonzalo. (1988). *Colombia: violencia y democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia & Colciencias.

Sánchez Muñoz, Cristina. (2009). Seyla Benhabib: Hacia un universalismo interactivo y globalizado. En Máiz, R. (coord.), *Teorías políticas contemporáneas* (pp. 271-310). Valencia: Tirant lo Blanch.

Santos, Boaventura. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Ilsa.

Santos, Boaventura. (1998a). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regularización y emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Santos, Boaventura. (1998b). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Santos, Boaventura. (2000). *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência (Vol. I)*. Porto: Edicoes Afrontamiento.

Santos, Boaventura. (2001). El derecho y la democracia: la reforma global de la justicia. En Santos, B., & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 151-207). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Santos, Boaventura. (2001). Los paisajes de la Justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, B., & García Villegas, M., *Caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 85-146). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Santos, Boaventura. (2007). *Poderá o direito ser emancipatório*. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória.

Santos, Boaventura. (2009a). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Ilsa.

Santos, Boaventura. (2009b). Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a la ecología de saberes. En Olivé, L., *Pluralismo epistemológico* (pp. 31-84). La Paz: Clacso & Cides.

Santos, Boaventura. (2010a). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce.

Santos, Boaventura. (2010b). La difícil construcción de la plurinacionalidad. En SENPLADES, *Los nuevos retos de América Latina: socialismo y sumak* (pp. 149-154). Quito: Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo.



Santos, Boaventura., & García, Mauricio. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Schmitt, Carl. (2004). *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. Granada: Editorial Comares.

Sequeda, Alba. (2000). *Justicia comunitaria y conciliación en equidad: sistematización de la experiencia en Santander*. Bucaramanga: Red de Justicia Comunitaria.

Serrano, Ricardo. (1995). *Desnacionalización del Estado y flexibilidad del derecho: mecanismos alternativos de justicia. Caso inspección de la policía la Unión Peneya* (Tesis de grado). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Serrano, R. (2009). *Administración de justicia, conflicto y violencia. Tesis de maestría en ciencia política*. Bogotá: Universidad Internacional de Andalucía.

Shonholtz, Raymond. (1984). Neighbourhood Justice systems: work, structure, and guiding principles. *Mediation Quarterly* (5), 3-30.

Silva, José de Souza (2006). *¿quo vadis transformación institucional?* San José de Costa Rica: Instituto Internacional de Investigación Sobre Políticas Alimentarias & Red Nuevo Paradigma para la Investigación Institucional en América Latina.

Simmel, Georg. (2000). El conflicto en la cultura moderna. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (89), 315-330.

Souza, María de Lourdes. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Editorial Unilibros.

Taber, Roberth. (1977). *La guerra de la pulga, guerrilla y contra guerrilla*. México: Editorial Era.

Tamayo, Jeremy. (2009). *Fundamentalismos y diálogo entre las religiones*. Madrid: Trotta.

Taylor, Charles. (2009). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Cfe

Tobón, Luz Estela. (2013). El lobo feroz disfrazado de abuelita: el desarrollo y la economía ortodoxa con el ropaje del neoinstitucionalismo. *Revista de Economía del Caribe* (11), 62-76.



Toharia, Juan. (2003). Sistema judicial y cultura jurídica en España (1975-2000). En H. Fix-Fierro, *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (pp. 305-358). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Tönnies, Ferdinand, (1947), *Comunidad y sociedad*, trad. de J. Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires.

Torres, Daniel. (1998). A escravatura negra no Brasil Colônia e o Pluralismo Jurídico no Quilombo dos Palmares. En Wolkmer, C., *Direito e Justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado

Uprimny, Rodrigo. (2001). Las transformaciones en la administración de Justicia. En Santos, B. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César., & García, Mauricio. (2006). *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Uribe, Maria Teresa. (2001). *Nación, ciudadano y estado soberano*. Medellín: Corporación Región.

Valencia, Luis Emilo. (2008). Historia, realidad, pensamiento y perspectivas del movimiento comunal en Colombia. *Revista Caja Virtual*.

Vallejo, Germán. (2011). *Diagnóstico de los mecanismos comunitarios de gestión de conflictos con énfasis en las necesidades de los usuarios*. US AID.

Vallespin, Fernando. (2000). *El futuro de la política*. Madrid: Taurus.

Vargas, Hector. (2014). *La participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos*. Tesis doctoral. Granada: Universidad de Granada.

Varona, Gema. (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Editorial Comanes.

Vázquez, Claudia. (2012). *Protección al consumidor financiero*. Bogotá: Fasecolda.

Vásquez Cardozo, Socorro. (1993). Los Wayuu. En, Uribe, C., *Geografía Humana de Colombia. Nordeste Indígena. Tomo II* (pp. 215-292). Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Antropología.



Voight, Rüdiger (1998). En defensa de la conducción cooperativa. En Bergalli, R., *Contradicción entre derecho y control social*. Barcelona: Editorial Bosch-Goethe Institute Barcelona.

Walsh, Catherine. (2007). Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial. En Castro, S. & Grosfoguel, R., *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 47-62). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Warr, Mark. (2000). El miedo al delito en los Estados Unidos. Líneas para la investigación y la formulación de políticas. En Barberet, R. & Barquín, J., *Justicia penal siglo XXI. Una selección de criminal justice* (pp. 181-221). Granada: National Institute of Justice.

Weber, Max. (1984). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. (J. Medina, et al, Trans.) México: Fondo de Cultura Económica.

Wolff, Robert. (1990). *A miseria do liberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Wolkmer, Antonio Carlos. (1994). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. SãoPablo: Editorial Alfa y Omega.

Wolkmer, Antonio Carlos. (1998). *Direito justica na América indígena*. Porto Alegre: Livraria do advogado.

Wright, Martir (1996). *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*. Winchester: Waterside Press.

Yngverson, Barbara. (1995). Local People, Local Problems, and Neighborhood Justice: The Discourse of "Community" in San Francisco Community Boards. En Merry, S., & Milner, N. (edits.), *The possibility of popular justice. A case study of community mediation in the United States* (pp. 379-400). Ann Arbor: University of Michigan Press.

Young, Iris. (1996). Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. En Castells, C. (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política* (pp. 99-126). Buenos Aires: Paidós.

Yrigoyen, Raquel. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.



Yrigoyen, Raquel. (2010). El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización. En *Omstotute for Global Law and Policy: The Workshop. Pro- Seminar: Renewing Latin American Legal Studies*. Harvard Law School.

Zapata, Yolanda. (2005). *El porvenir de la tradición: hacia el estudio de la administración de justicia de las comunidades negras del pacífico colombiano* (Tesis de grado). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

Zher, Howard. (1995). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. PA: Good Books.

Zher, Howard. (2000). *Changing lenses: A new focus for crime*. Scottsdale: Herlad Press.

FUENTES LEGALES

Congreso de Colombia. (16 de diciembre de 1936) Ley 200 de 1936. Diario Oficial 23.388.

Congreso de Colombia. (21 de marzo de 1991) Ley 23 de 1991. Diario Oficial 39.752.

Congreso de Colombia. (15 de diciembre de 1992) Ley 24 de 1992. Diario Oficial 40.690.

Congreso de Colombia. (31 de agosto de 1993) Ley 70 de 1993. Diario Oficial 41.013.

Congreso de Colombia. (11 de febrero de 1999) Ley 497 de 1999. Diario Oficial 43.499.

Congreso de Colombia. (05 junio de 2002) Ley 743 de 2002. Diario Oficial 44.826.

Congreso de Colombia. (14 de enero de 2005) Ley 941 de 2005. Diario Oficial 45.791.

Congreso de Colombia. (08 de noviembre de 2006) Ley 1098 de 2006. Diario Oficial 46.446.

Congreso de Perú. (29 de octubre de 1997) Ley 26872. Diario Legal 910

Consejo Superior de la Judicatura. (23 de julio de 2008) Acuerdo PSA08-4977 de 2008.

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.



Defensor del Pueblo. (26 de diciembre de 2011) Resolución 1372 de 2011.

Ministra de medio ambiente de Colombia. (21 de diciembre de 1995). Resolución 1602 de 1995.

Presidente de la República de Colombia. (13 de octubre de 1995) Decreto 1745 de 1995. Diario Oficial 42.049.

Presidente de la República de Colombia. (6 de agosto de 2010) Decreto 2957 de 2010. Diario Oficial 47.793.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional. (07 de septiembre de 2007) Sentencia T-706/07 [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (30 de mayo de 1994) Sentencia T-254/94 [MP Eduardo Cifuentes].

Corte Constitucional. (08 de agosto de 1996) Sentencia T-349/96 [MP Carlos Gaviria]

Corte Constitucional. (20 de septiembre de 2001) Sentencia T-1022/01 [MP Jaime Araujo]

Corte Constitucional. (18 de septiembre de 1998) Sentencia SU-510/98 [MP Eduardo Cifuentes]

Corte Constitucional. (26 de septiembre de 1996) Sentencia T-496/96 [MP Carlos Gaviria].

Corte Constitucional. (15 de octubre de 1997) Sentencia T-523/97 [MP Carlos Gaviria]

Corte Constitucional. (18 de julio de 1996) Sentencia C- 319/96 [MP Vladimiro Naranjo]

Corte Constitucional. (17 de febrero de 1994) Sentencia C-958/94 [MP Alejandro Martínez]

Corte Constitucional. (15 de marzo de 1995) Sentencia C-104/95 [MP Hernando Herrera]



Corte Constitucional. (09 de abril de 1996) Sentencia C-139/96 [MP Carlos Gaviria]

Corte Constitucional. (22 de octubre de 1998) Sentencia T-605/98 [MP Antonio Barrera]

Corte Constitucional. (15 de agosto de 2012) Sentencia C-631/12 [MP Humberto Sierra]

FUENTES INSTITUCIONALES

Bogotá Cómo vamos. (2015). *Encuesta de percepción ciudadana*. Recuperado de: <http://www.bogotacomovamos.org/documentos/encuesta-de-percepcion-ciudadana-2015/>

Cali Cómo vamos. (2014). *Informe de calidad de vida en Cali 2014*. Santiago de Cali.

Cali Cómo vamos. (2015). *Encuesta de percepción ciudadana*. Recuperado de http://media.wix.com/ugd/ba6905_a97f77613f834194b24280f23dbca1d0.pdf

Centro de Estudios y Análisis de Convivencia y Seguridad Ciudadana - CEACSC- & Alcaldía Mayor de Bogotá. (2014). *Balance muertes violentas y delitos de mayor impacto*. Bogotá.

CEPAL. (2008). Anuario estadístico de América Latina y el Caribe. Naciones Unidas.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2005). *Censo general*. Recuperado de: <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2013). *Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana*. Colombia.

World Prison Brief. (2015). International Center for Prison Study. Recuperado de http://www.prisonstudies.org/highestto%20lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All.

FUENTES PERIODISTICAS



Betin, T. & Guerrero, S. (17 de abril de 2016). Fiscalía investiga violación de 38 niñas en comunidad wayuu. *El Heraldo*. Recuperado de <http://www.elheraldo.co/nacional/fiscalia-investiga-violacion-de-38-ninas-en-comunidad--wayuu-255115>

Revista Semana. (11 de junio de 2015). *El odio de las Farc prevaleció por encima de esas atrocidades*. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/en-plata-blanca-condanielpecaut/387944-3>

Revista Semana. (18 de abril de 2015). *¿Justicia o persecución contra exmiembros del gobierno Uribe?*. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/justicia-persecucion-contra-exfuncionarios-del-gobierno-uribe/424542-3>.

Revista Semana. (15 de noviembre de 2014). *Por qué las instituciones están en crisis*. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones--en-crisis/409100-3>

Revista Semana. (15 noviembre de 2014). *La Gran Encuesta*. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones--en-crisis/409100-3>

Teodoro, Manuel. (2015). Abusos sexuales, prostitución, drogadicción: ¿es suficiente la justicia indígena?? [Episodio de Serie de televisión] En *Séptimo Día*. Bogotá: Caracol Televisión.

Valencia Agudelo, León. (27 de junio de 2015). *Los militares y la restitución de tierras*. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-los-militares-la-restitucion-de-tierras/432770-3>.

FUENTES VIVAS

Acevedo, María Eugenia, Conciliadora en Equidad del Municipio de Bello, (Medellín, 04 de septiembre de 2014). El papel de la conciliación en equidad en una Casa de Justicia. (É. Ardila, Entrevistador)



Alegría, Operador tradicional de Justicia Afrocolombiana en Tumaco, (Tumaco, 25 de abril de 2014). Presente y futuro de la justicia afrocolombiana (É. Ardila, Entrevistador).

Barón, Dana, Coordinadora Casa de Igualdad de Oportunidades en Bogotá, (Bogotá, 10 de junio de 2015). La justicia comunitaria y la garantía de derechos (É. Ardila, entrevistador)

Carabalí, Eunice, Conciliadora en equidad afrodescendiente, (Santander de Quilichao, 24 de septiembre de 2014). Amigables componedores y conciliadores en equidad en la justicia afrodescendiente. (É. Ardila, Entrevistador)

Córdoba, Mario, Director de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Ministerio de Justicia y del Derecho, (Bogotá, 23 de abril de 2014). Directrices del MJD para la justicia en equidad. (É. Ardila, Entrevistador)

Escobar, Samuel, Asesor jurídico de comunidades indígenas, (Santander de Quilichao, 07 de octubre de 2014). Relaciones entre la justicia propia y el sistema judicial nacional en Toribio. (É. Ardila, Entrevistador)

Escué, Leonardo, Líder del área jurídica en Cabildos de Toribío, (Santander de Quilichao, 01 de octubre de 2014). Fundamentos jurídicos de la justicia Nasa. (É. Ardila, Entrevistador)

Granda, Socorro, Coordinadora de la Escuela de Derecho Propio de Caloto, (Santander de Quilichao, 03 de septiembre de 2014). Impacto de la Escuela de Derecho Propio en la transformación de la justicia Nasa. (É. Ardila, Entrevistador)

Loba, E., Líder Afrodescendiente de Suárez y Santander de Quilichao, (Santander de Quilichao, 2014 de septiembre de 2014). Justicia tradicional y justicia en equidad en comunidades afrodescendientes. (É. Ardila, Entrevistador)

Macías, Oliva, Jueza de Paz de Cali, (Cali, 10 de septiembre de 2014). Relación de los jueces de paz con el Estado en Cali. (É. Ardila, Entrevistador)

Orrego, William, Conciliador en Equidad en Bello, (Bello, 05 de septiembre de 2014). La conciliación en equidad y la pacificación del Valle de Aburrá. (É. Ardila, Entrevistador)



Paví, Gabriel, Gobernador del Cabildo de Toribío, (Santander de Quilichao, 29 de septiembre de 2014). Transformaciones recientes de la justicia indígena Nasa. (É. Ardila, Entrevistador)

Quejada, Adelmo, Líder y analista afrodescendiente, (Quibdó, 05 de Diciembre de 2013). Justicia Propia afrocolombiana Quibdó. (I. Caicedo, Entrevistador)

Sepúlveda, Álvaro, director de Escuela Ciudadana (Cali, 09 de septiembre de 2014). Políticas de Justicia en Equidad en el departamento del Cauca. (É. Ardila, Entrevistador)

Tobar, Albeiro, exfiscal Local de Toribío (Popayán 25 de septiembre de 2014). Visión del fiscal sobre el manejo indígena de los asuntos penales. (É. Ardila, Entrevistador)

Valencia, Adelmo, dirigente y académico Nasa (Caloto, 01 de octubre de 2014). Fundamentos culturales de la justicia propia nasa. (É. Ardila, Entrevistador)

Vargas, Héctor, excoordinador del Programa de Justicia en Equidad del Ministerio de Justicia (Bogotá, 11 de mayo de 2015). Significado de la justicia en equidad y su relación con los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

GRUPOS FOCALES Y TALLERES

Autoridades de justicia propia y líderes de tres cabildos del pueblo Nasa. Taller “Abriendo caminos de la justicia propia”. (8 de febrero de 2016), llevado a cabo en Toribio, Cauca, Colombia.

Autoridades de justicia propia y líderes de tres cabildos del pueblo Nasa. Taller (22 de febrero de 2016). Taller “Las autoridades y los conflictos de la comunidad Nasa”, llevado a cabo en Toribio, Cauca, Colombia.

Autoridades de justicia propia y líderes de tres cabildos del pueblo Nasa. Taller (28 de marzo de 2016). Taller “El modelo de justicia Nasa”, llevado a cabo en Toribio, Cauca, Colombia.

Autoridades de justicia propia y líderes de tres cabildos del pueblo Nasa. Taller (11 de marzo de 2016). Taller “Justicia Nasa y justicia judicial”, llevado a cabo en Toribio, Cauca, Colombia.



Autoriades de justicia propia y líderes de pueblos Uwa, Sikuane, Makaguán, Betoyes, Hitnu y Sáliva. (16-20 de junio de 2011). Taller “conflictividad y gobierno propio”, llevado a cabo en Arauca, Arauca, Colombia.

Conciliadores en equidad del Municipio de Bello. (06 de setptiembre de 2014) Grupo Focal llevado a cabo en Bello, Antioquia.

Jueces de paz del Área Metropolitana de Cali (09 de septiembre de 2014). Grupo focal llevado a cabo en Cali, Valle del Cauca.



Universidad
Carlos III de Madrid

Indice de Tablas e Ilustraciones



Tablas

Tabla 1. Comparación modelo imperatorio y modelo constructivo.	150
Tabla 2. Administración de Justicia en Latinoamérica colonial.....	213
Tabla 3. Áreas de regulación	263
Tabla 4. Políticas de administración de justicia.....	348
Tabla 5. Recursos Financieros del sector Justicia. Presupuesto general de la Nación, 2015 (Millones de pesos).....	356
Tabla 6. Tipología general de las Justicias Comunitarias	486
Tabla 7 Modalidades de Justicia Comunitaria en Colombia	491

Ilustraciones

Ilustración 1. Espacios estructurales de las relaciones sociales.....	67
Ilustración 2. Modelos de gestión de conflictos según el poder de las partes (Galtung)	114
Ilustración 3. Modelos de gestión de conflictos según distribución de poder entre las partes.....	118
Ilustración 4. Campos de acción.....	138
Ilustración 5. Modelos de administración de justicia según el poder de las partes.....	164
Ilustración 6. Modelos teóricos de Administración de Justicia.....	167
Ilustración 7. Sistemas y modelos de justicia	170
Ilustración 8. Genealogía del derecho en Europa.....	188
Ilustración 9. Justicia indígena en Colombia	448
Ilustración 10. Justicia afrodescendiente en Colombia	457
Ilustración 11. Conciliadores en equidad en Colombia.....	461
Ilustración 12. Producción de la normatividad social	480



Universidad
Carlos III de Madrid

Índice analítico



- Acceso a la justicia:** 30, 204, 274, 309, 353, 489, 513, 533.
- Administración de justicia:** 18, 20, 23, 26, 30, 34, 39, 40, 55, 90, 95, 101, 143, 144, 146, 153, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 175, 210, 271, 281, 302, 343, 350, 423, 511, 517, 524.
- Cabildo:** 33, 169, 170, 211, 212, 277, 358, 359, 390, 441,
- Campo jurídico:** 22, 32, 123, 126, 128, 116, 117, 120, 122, 123, 124, 131, 133, 137, 138, 139, 160, 165, 194, 195, 238, 485, 539, 540.
- Caos (Áreas de):** 78, 224, 256, 261, 264, 265, 295, 296, 298, 299, 313, 344, 422, 529, 551.
- Casas de Justicia:** 283, 284, 438, 515, 516, 527
- Ciudadanía (y AJ):** 40, 58, 63, 84, 86, 176, 177, 194, 264, 266, 273, 305, 330, 348, 397, 402, 421, 496.
- Coacción:** 40, 44, 56, 70, 73, 168.
- Colonialismo:** 33, 207, 215, 220, 360, 378, 380, 486, 496.
- Comunidad:** 20, 21, 27, 33, 47, 110, 159, 251, 273, 363, 403, 404, 436, 450, 465, 471, 473, 476, 503, 509, 512.
- Comunidades de paz:** 21, 262, 270, 271, 283, 284, 331, 338, 418, 462, 465, 466, 469, 470, 473
- Conciliadores en Equidad:** 23, 326, 328, 329, 421, 442, 453, 467, 468, 451, 474, 499, 503, 504, 508, 511, 521, 525.
- Conducta (En el conflicto):** 42, 65, 67, 68, 70, 71, 73, 78, 103, 143, 150, 155, 157, 201, 300, 458, 459, 488, 491.
- Conflictividad:** 23, 26, 40, 47, 55, 255, 310, 329, 330, 333, 348, 420, 458, 487, 547, 548, 553.
- Conflicto:** 40, 44, 45, 54, 79, 80, 81, 82, 88, 107, 108, 124, 149, 151, 152, 163, 204, 221, 222, 255, 256, 261, 285, 312, 317, 324, 330, 336, 343, 344, 445, 446, 463, 464, 510, 527.
- Contrato social (Exclusión del):** 175, 180, 205, 214, 216, 229, 246, 322, 356, 397, 401, 401.
- Costumbres (como norma para la JC):** 68, 69, 72, 78, 94, 132, 326, 481.
- Crisis de la administración de justicia:** 43, 44, 45, 46, 47, 48, 55, 56, 66, 67, 68, 100, 110, 22, 223, 22, 225, 226, 227, 228, 229, 233, 234, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 267, 268, 296, 310, 312, 314, 315, 320, 321, 322, 324, 326, 344, 351, 420, 296, 298. 328, 335, 402.
- Cultura de la ilegalidad:** 44, 179, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 276, 277, 293, 294, 295, 296, 546.
- Culturas jurídicas y sistema judicial:** 15, 94, 154, 175, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 207, 208, 209, 228, 232, 234, 240, 245-295.
- Derecho común:** 99, 185, 189, 190.
- Derecho feudal:** 187, 188, 189.
- Derecho propio:** 13, 207, 208, 267, 273, 274, 276, 281, 282, 297, 432, 433, 494, 556.
- Derecho romano:** 91, 101, 179, 180, 181, 188, 189, 206, 227.
- Derecho secular:** 188, 189.
- Desigualdades en la administración de justicia:** 22, 25, 29, 31, 59, 118, 119,



- 120, 121, 122, 123, 124, 174, 204, 214,
227, 247, 343, 395.
- Encomienda:** 208, 209, 210, 211, 214.
- Espacio doméstico:** 61, 82, 87, 203.
- Espacio de ciudadanía:** 61, 82, 221, 222,
253, 262, 335.
- Espacios estructurales:** 61, 64, 65, 67,
68, 70, 75, 76, 81, 94, 142, 219, 221,
222, 253, 259, 263, 328.
- Estado colonial:** 207, 208, 209, 210, 211.
- Estado de naturaleza:** 46, 47, 48, 49, 50,
51, 63, 197, 294, 387.
- Estado moderno:** 37, 41, 47, 51, 67, 76,
88, 90, 91, 92, 93, 108, 143, 197, 203,
217, 227, 255, 264, 372, 383, 403, 406.
- Eurocentrismo:** 205, 214, 359, 376, 377,
378, 379.
- Formación del derecho en Europa:**
174, 188, 191-221.
- Gestión de conflictos:** 24, 38, 80, 87, 98,
109, 111, 116, 177, 259, 281, 323, 328,
331, 354, 357, 390, 444, 516, 523.
- Gitanos:** 93, 434, 437, 481.
- Globalización del Derecho y la A de J:**
204, 383, 394, 407, 408, 409, 410, 411,
412, 413, 414.
- Ilegitimidad:** 31, 90, 353, 418.
- Jueces de Paz:** 20, 23, 211, 325, 337, 358,
360, 361, 362, 363, 367, 388, 431, 438,
484, 485, 486, 487, 488, 490, 491, 518.
- Jurisdicción Indígena:** 22, 330, 344,
488, 498, 503, 504, 505.
- Justicia afrodescendiente:** 445, 446,
447, 448, 449, 450, 451.
- Justicia Comunitaria:** 21, 23, 24, 27, 31,
32, 36, 91, 105, 144, 160, 165, 166, 167,
168, 169, 172, 188, 209, 210, 211, 254,
271, 272, 273, 278, 311, 312, 313, 321,
322, 328, 338, 342, 345, 346, 350, 351,
353, 354, 364, 366, 371, 396, 397, 399,
400, 401, 402, 403, 405, 406, 407, 410,
414, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422,
428, 429, 435, 437, 441, 445, 446, 448,
451, 453, 455, 456, 457, 460, 462, 463,
465, 471, 472, 473, 484, 515, 516, 527,
528, 545, 548, 552, 553.
- Justicia en Equidad:** 26, 435, 459, 480,
481, 522, 523, 524, 533, 534, 535, 563.
- Justicia fronteriza:** 505 y ss.
- Justicia guerrillera:** 272 y ss.
- Justicia Informal:** 461, 463, 465, 466.
- Justicia Local:** 197, 209, 211, 467, 453,
467, 475, 490.
- Justicia Mestiza:** 31, 225, 306, 356 y ss.,
359 y ss., 364, 388, 389, 405, 552.
- Justicia Popular:** 467, 468, 469, 562.
- Justicia Privada:** 461, 462, 463.
- Justicia Propia:** 26, 272, 323, 423, 432,
434, 450, 460, 462, 465, 466, 467, 469,
470, 473, 476, 482, 492, 494, 495, 512,
535
- Justicia Restaurativa:** 149, 156, 157,
312, 455, 535, 542, 557
- Legalidad y modelo judicial:** 57, 60, 62,
86, 93, 101, 139, 151, 156, 196, 231,
250, 277, 332, 400, 402, 481
- Mecanismos Alternativos de Solución
de Conflictos:** 32, 166, 461, 463, 489,
516, 551.
- Modelo adjudicatorio:** 117, 164, 166,
168, 170.
- Modelo consensual:** 147, 149, 151, 152,
158, 163, 164.
- Modelo constructivo:** 86, 144, 145, 146,
148, 149, 150, 156, 161, 162, 166, 167,
170.
- Modelo imperatorio:** 86, 146, 148, 152,
155, 161, 162, 165, 166, 167
- Normatividad y juricidad:** 69, 70, 71,
84, 88, 89, 90, 91, 92, 130, 22, 30, 31,
41, 53, 55, 56, 58, 61, 62, 63, 65, 69, 73,
74, 86, 88, 89, 92, 115, 123, 128, 145,
173, 175, 176, 184, 185, 187, 214, 244,
247, 249, 250, 251, 255, 265, 267, 268,
273, 281, 282, 358, 366, 404, 408, 409,
453, 478, 483, 512, 514, 526, 527



- Normas sociales:** 66, 67 78, 82, 88, 90, 214, 224, 253, 346, 415, 427, 442, 458
- Operador de justicia (Diversidad):** 41, 42, 53, 83, 86, 99, 126, 141, 195, 229, 238, 246, 275, 310, 356, 428, 434, 518, 522, 62, 83, 221, 235, 354, 487, 521
- Orden estatal:** 171, 239, 248, 250, 252, 259, 260, 261, 281, 287, 297, 298, 299, 326, 327, 328, 329, 332, 338, 339, 340, 345, 354, 360, 369, 381, 384, 385, 386, 394, 403, 404, 513, 87, 244, 260
- Orden jurídico:** 23, 24, 29, 30, 38, 41, 54, 57, 72, 77, 88, 89, 93, 128, 139, 144, 155, 162, 166, 190, 199, 200, 244, 246, 248, 249, 250, 253, 254, 255, 258, 260, 315, 316, 318, 381, 404, 449, 469
- Orden no estatal:** 248, 252, 255, 258, 260, 261, 262, 281, 283, 295, 298, 329, 333, 335, 338, 339, 384, 403, 404, 418, 445, 465, 266, 483
- Ordenamiento jurídico:** 28, 38, 59, 61, 81, 83, 89, 128, 144, 155, 167, 194, 245, 308, 334, 359, 387, 422, 469, 470, 472, 473, 480, 491
- Persecución a la justicia mestiza:** 334 y ss. completar con capítulo cuarto
- Pluralismo jurídico:** 74, 166, 181, 190, 201, 299, 400, 471, 489
- Poder del juez:** 128 y ss., 231.
- Poder de las partes:** 38, 105, 109, 111, 123, 159, 160, 162, 238, 322
- Poder local:** 189, 208, 212, 232, 498
- Proceso judicial:** 9, 83, 95, 100, 101, 102, 103, 104, 115, 116, 118, 120, 124, 125, 129, 134, 150, 154, 304, 322
- Procusto:** 87, 88, 89, 90, 95, 106, 111, 120, 121, 122, 126, 149, 164, 165, 166, 324, 344, 371, 393.
- Políticas de justicia comunitaria:** 517 y ss. completar
- Relaciones de poder (En el conflicto):** 46, 58, 59, 95, 102, 118, 122, 123, 161, 207, 222, 234, 238, 387
- Rondas campesinas:** 346, 374, 419
- Sanción en la A de J:** 41, 54, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 88, 128, 135, 139, 149, 151, 152, 154, 157, 194, 241, 302, 303, 335, 337, 351, 356, 433, 434, 484, 485, 490, 491
- Seguridad jurídica:** 9, 54, 55, 57, 58, 62, 63, 86, 87, 89, 92, 128, 131, 162, 194, 243, 244, 245, 246, 254, 321, 328, 366, 388
- Sistema judicial:** 9, 10, 12, 18, 24, 29, 30, 31, 37, 38, 41, 53, 56, 76, 83, 86, 87, 92, 93, 95, 96, 99, 106, 107, 109, 128, 134, 141, 142, 143, 156, 160, 161, 164, 166, 168, 171, 172, 173, 174, 178, 188, 191, 196, 198, 212, 213, 216, 219, 221, 237, 241, 243, 244, 248, 250, 261, 264, 287, 295, 297, 298, 299, 300, 302, 310, 326, 327, 330, 335, 338, 339, 343, 344, 346, 350, 360, 364, 365, 366, 367, 371, 372, 374, 406, 409, 419, 422, 428, 446, 450, 461, 462, 463, 483, 487, 493, 498
- Violencia (En el conflicto y su gestión):** 20, 28, 31, 38, 45, 46, 51, 52, 71, 72, 82, 95, 96, 99, 152, 153, 166, 191, 201, 222, 224, 233, 254, 269, 270, 271, 274, 277, 278, 285, 286, 297, 300, 302, 316, 348, 356, 368, 369, 373, 384, 389, 401, 411, 416, 436, 442, 465, 492, 497, 498, 513.